Haftung des Schuldners für nach dem Verzuge eingetretene Unmöglichkeit der Leistung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Bruno Nathansohn,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Erläuterung des Themas, insbesondere des Begriffs der Unmöglichkeit der Leistung . . 1—4

B. Ausführung.

I. HISTORISCHER TEIL.

1) Römisches und gemeines Recht.

§ 2. Beginn einer Haftungsbeschränkung . . . . 5—8
§ 3. Ansicht der Glossatoren . . . . . 8—10
§ 4. Ansichten der Schriftsteller des gemein. Rechts 10—17
§ 5. Eigene Auffassung von der Entwickelung bis zum gemeinen Recht . . . . . 17—21

2) Neuere Kodifikationen.

§ 6. Der Standpunkt des ALR. . . . . 21—23
§ 7. Der Standpunkt anderer Kodifikationen . . . 24

II. REICHSRECHT.

1) Der durch § 287 S. 2 BGB. geregelte Tatbestand.

§ 8. Unmöglichkeit der Leistung . . . . . 24—25
§ 9. Kausalzusammenhang . . . . . 25—29
§ 10. Erklärung des Inhalts und der Bedeutung des Teils II des § 287 Satz 2 BGB. . . . . 29—40
§ 11. Der Zeitpunkt der Schadensberechnung . . 40—44
§ 12. Verhältnis des § 287 zu § 286 BGB. . . . . 44—50

2) Die Verteilung der Beweislast in § 287 S. 2 BGB.

§ 13. Übersicht über die verschiedenen Ansichten 51—56
§ 14. Kritik derselben und eigene Auffassung . . 56—61
§ 15. Einfluß des Zeitpunktes der Berechnung auf die Beweislast . . . . . 62—63
§ 16. Einwirkung des § 287 ZPO. . . . . 63—64

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0086

A. Einleitung.

§ 1.

Der § 287 des BGB. lautet:

„Der Schuldner hat während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde."

Der zweite Satz regelt die Frage, in wieweit der in Verzug befindliche Schuldner auch für ein während des Verzuges eingetretenes zufälliges Unmöglichwerden der geschuldeten Leistung verantwortlich ist.

Das Thema, um das es sich hier handelt, ist nicht neu, wie ja auch die heutige gesetzliche Regelung des gesamten Verzuges und seiner Folgen im engsten Zusammenhang mit früheren Anschauungen steht. Das Problem des § 287 bildete sogar eine der umstrittensten Fragen des römischen und gemeinen Rechts, und auch die gesetzliche Regelung der neueren Kodifikationen hat diesem Streit nur zum Teil den Boden entziehen können, nämlich insoweit, als es sich darum drehte, ob der Schuldner während des Verzuges für

Zufall ganz unbedingt ohne Ausnahme hafte oder nicht.

Bevor ich jedoch in die historische Betrachtung eintrete, bedarf es einer Erörterung des Begriffs der Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 287, S. 2 BGB., von dem die Arbeit ihren Ausgangspunkt nehmen muß.

Unmöglichkeit der Leistung liegt in erster Linie dann vor, wenn der Gegenstand der Leistung untergegangen ist. Aber auch der partielle Untergang und die bloße Unmöglichkeit der Herausgabe des Leistungsgegenstandes fallen darunter, wobei man wiederum dem partiellen Untergang des Leistungsgegenstandes jede Verschlechterung seiner Substanz nach gleich zu stellen hat. Fraglich ist es dagegen, ob auch eine wirtschaftliche Herabminderung des Wertes in Folge Sinkens des Preises oder Kurssturzes eine Unmöglichkeit der Leistung zu begründen vermag, oder ob für einen solchen Schaden der Schuldner nur gemäß dem in § 286, Abs. 1 BGB. ausgesprochenen allgemeinen Prinzip haftet.

Nach Windscheid[1]) begründet für das gemeine Recht die Preisminderung eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität). Ebenso das Reichsoberhandelsgericht[2]) für das ALR. Auch für das BGB. hat sich Staudinger[3]) in diesem Sinne

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. 2, § 280, Anm. 14.

[2]) Entsch. d. ROHG., Bd. 9, S. 139; Striethorst, Archiv, Bd. 79, S. 3.

[3]) Staudinger, Kommentar z. BGB., III.—IV. Aufl., zu § 287, Anm. 2d.

ausgesprochen. Dagegen lehnen diese Gleichstellung für das BGB. ausdrücklich ab die Motive[1]), Crome[2]), Müller und Meickel[3]) und Enneccerus[4]). Ebenso will Dernburg[5]) die Grundsätze des § 287 Satz 2 auf den Fall einer Preisminderung nur analog angewandt wissen. Auch Schollmeyer[6]), auf den sich Staudinger zur Stützung seiner Ansicht mit Unrecht beruft, sieht in dem Falle der Preisminderung gerade einen der wichtigsten des § 286 BGB.

Mit dem zuletzt Genannten bin ich der Ansicht, daß der Fall der Preisminderung nicht unter § 287 BGB. zu bringen ist. Gegenstand der Leistung kann, wie später noch ausführlicher darzustellen sein wird, sowohl eine Sache als auch eine Handlung oder Unterlassung sein. Beide können durch Angabe von Zeit und Ort, sowie Qualität in ihrer Modalität näher bestimmt werden. Kann nun einem dieser Erfordernisse nicht genügt werden, so ist allerdings Unmöglichkeit der Leistung gegeben. Nur darf man nicht mit Windscheid zur gehörigen Qualität auch einen bestimmten Preis der Leistung rechnen, sofern er nicht durch besondere Vereinbarung zu einem so wesentlichen Bestandteil der Leistung gemacht ist, daß durch

---

[1]) Motive z. Entw. eines BGB., Bd. 2, S. 65.

[2]) Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen-Leipzig 1902.

[3]) Müller und Meickel, Das Bürgerl. Recht des Deutsch. Reichs, II. Aufl., Bd. 1, S. 269.

[4]) Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, III. Aufl., Bd. 1, § 276, I, 4.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht, III. Aufl., § 72, II, 3.

[6]) Schollmeyer, Recht d. Schuldverhältnisse, Münch. 1900, z. § 287.

eine Preisminderung eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird. Daß einer Preisminderung an sich eine solche Bedeutung nicht zukommt, zeigt folgende Erwägung.

Eine Preisminderung kann in Bezug auf die Möglichkeit der Leistung während des Verzuges nicht anders wirken als vorher. Nähme man nun an, die Leistung würde durch Sinken des Preises während des Verzuges unmöglich, dann müßte sie auch unmöglich geworden sein, wenn zur Zeit der Fälligkeit bereits ein gleiches Sinken des Preises eingetreten wäre. z. B. Ich kaufe im Herbst Aepfel, den Zentner zu 30 Mark. Lieferung am 1. Januar. Der Schuldner kommt in Verzug, und ich verklage ihn im Frühjahr, wo Aepfel von gleicher Qualität nur noch 15 Mark kosten, auf Schadenersatz. Wollte man dann annehmen, die Leistung sei während des Verzuges unmöglich geworden, so müßte man konsequenter Weise auch annehmen, sie sei bereits am 1. Januar, wenn damals der Preis der Aepfel z. B. 20 Mark betrug, unmöglich gewesen. Bei dieser Annahme würde aber der Schuldner, da ja die Leistung durch Zufall unmöglich geworden wäre, völlig frei werden. Augenscheinlich widerspricht aber dieses Resultat den Lebensverhältnissen. Der Preis ist eben als Bestandteil der Leistung nur dann anzusehen, wenn er vertraglich dazu erhoben wird.

Damit scheidet der Fall, daß während des Verzuges eine Preisminderung eingetreten ist, aus[1]).

---

[1]) Vgl. auch Kniep, Die mora des Schuldners, Rostock 1872, Bd. 2, S. 60.

B. Ausführung.

I. Historischer Teil.

1) Römisches und gemeines Recht.

§ 2.

Die Haftung des debitor morosus war in Rom anfänglich unbedingt. Der Satz, der von der altrömischen Jurisprudenz aufgestellt worden ist: mora perpetuat obligationen, galt ohne jede Ausnahme. Trotz Untergangs des Sklaven Stichus nach Eintritt des Verzuges hat der Gläubiger das Recht, auf servum Stichum dari oportere zu klagen, wie wenn der Sklave noch lebte. Und zwar hat er nur dieses Recht, nicht etwa auch eine Klage auf Schadensersatz. Daß er einen solchen tatsächlich erhielt, ist nur die Folge des Satzes: Omnis condemnatio pecuniaria est.

Der in Verzug befindliche Schuldner wurde durch keinerlei Umstände von dieser Haftung frei[1]).

Nach zwei Richtungen wird dann allmählich der Satz von der perpetuatio obligationis modifiziert. Einerseits wird er schon zur Zeit Julians ausgedehnt auf den Fall der Verschlechterung des Leistungsgegenstandes, während er sich ursprünglich nur auf den Fall des völligen Untergangs bezog. (Vergl. 1, 108, § 11, D. 30[2]). Anderseits beginnt die Jurisprudenz

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., Bd. II, S. 114; Pernice, Labeo, 2. Aufl., Band II, 2, S. 139 ff.; Girard, Geschichte und Systeme des römischen Rechts, 1908, S. 705; Wahlburg, a. a. O., S. 40 ff.

[2]) Vergl. auch Pernice, a. a. O., II, 2, 1, S. 138.

der Kaiserzeit an der absoluten Geltung dieses Satzes Anstoß zu nehmen, mit der Wirkung, daß man diesen Satz in der Literatur zu rechtfertigen sucht, und zwar damit, daß ja der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung das Schuldobjekt habe verwerten und dadurch den Schaden von sich abwenden können. (1, 47, § 6, D. 30). An diese Motivierung knüpft nun die weitere Entwickelung der Kontroverse an[1]).

Denn ist diese Motivierung richtig, so erscheint es unbillig, den Schuldner auch dann für Zufall haften zu lassen, wenn der Gläubiger den dadurch verursachten Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung erlitten hätte.

Wann eine derartige Einschränkung des Prinzips der unbedingten Haftung für Kasus zuerst von den römischen Juristen angenommen worden ist, ist bestritten.

Prousteau[2]) hat nachweisen wollen, daß bereits unter den Sabinianern und Proculianern eine völlig durchgebildete Meinungsverschiedenheit in dieser Frage bestanden habe.

Nach ihm geht die Lehre der Sabinianer dahin, daß der debitor morosus frei werde, sobald die Sache ihrer Natur nach durch reinen Zufall, wenn auch während der mora, untergegangen sei. Das Periculum motalitatis habe billigerweise der Gläubiger zu tragen. Diese Ansicht soll enthalten sein in L. 14, § 1, D. 16, 3. Der Schluß dieser Stelle enthalte nicht sowohl eine

[1]) Vergl. Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf eines BGB., Berlin-Leipzig, 1889, S. 58.

[2]) Prousteau, Recitationes ad. L. 23, D. de R. J., cap. 27, § 24 ff., in Meermanns Thesaurus Tom. III, p. 543.

Angabe des Grundes, weshalb nach Ansicht der Sabinianer der debitor morosus durch zufälligen Untergang frei werde, sondern eine Berichtigung der sabinianischen Lehre durch Gaius im Sinne der Proculianer. Spuren dieser sabinianischen Auffassung will Prousteau auch in L. 40, pr. D. 5, 3, L. 8, D. 42, 1 und L. 16, pr. D. 6, 1 sehen.

Die Proculianer dagegen erkennen zwar die Richtigkeit des von den Sabinianern aufgestellten Grundsatzes, daß der Schuldner nicht hafte, wenn der bereits sterbenskranke Sklave auch bei rechtzeitiger Leistung beim Gläubiger gestorben wäre, an und zwar mit der Begründung, daß hier der Causalzusammenhang zwischen mora und Schaden fehle. Allein die Proculianer weisen darauf hin, daß es nicht genüge, daß der Sklave unabhängig vom Verzuge gestorben sei. Vielmehr müsse, wenn der debitor morosus von seiner Haftung frei werden solle, auch noch bewiesen werden, daß der Gläubiger den erlittenen Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung nicht von sich abgewendet hätte. Dies sei z. B. dann nicht der Fall, wenn er ihn bei rechtzeitiger Leistung hätte verkaufen können und so an Stelle des Sklaven wenigstens dessen Wert erhalten hätte. Der Richter müsse entscheiden, ob jene Möglichkeit der Veräußerung vorhanden und der Verkauf leicht zu bewerkstelligen gewesen sei, wie z. B. in der Regel, wenn der Gläubiger ein Handelsmann sei, oder ob ein Verkauf schwierig sei, wie z. B. wenn das durch Erdbeben zu Grunde gegangene Grundstück einem Minderjährigen gehöre, da zu dessen Veräußerung ein obrigkeitliches Dekret nötig wäre. Im Zweifel aber sei zu Gunsten des Gläubigers an-

zunehmen, daß er, falls er nur überhaupt Veräußerungsbefugnis hatte, auch veräußert haben würde.

Danach wäre also schon hier die Frage einer Exkulpationsmöglichkeit auf seiten des Schuldners dahin entschieden, daß der Schuldner beweisen müsse, das zufällige Ereignis würde auch beim Gläubiger eingetreten sein, und dieser würde den Schaden nicht durch vorherigen Verkauf von sich abgewandt haben.

Allein die Ansicht Prousteaus, die übrigens auch von Glück[1]) gebilligt wird, hat wenig für sich, wie mit Recht schon Madai[2]) hervorhebt.

Es sprechen besonders dagegen L. 47, § 6, D. 30, wo Labeo, das Haupt der Proculianer, eine unbedingte Haftung ohne jede Ausnahme annimmt, also grade die nach Prousteau's Ansicht sabinianische Lehre vertreten würde. Ebenso sonderbar wäre es, wenn in L. 14, § 1, D. 16, 3, der sonst gerade als Anhänger der Sabinianer bekannte Gaius dem Sabinus und Cassius gegenüber die proculianische Lehre verfechten würde. Auch die von Prousteau angeführte L. 40, pr. D. 5, 3 hat keine unbedingte Beweiskraft, da hier von einem malae fidei possessor die Rede ist. Selbst unter den sogen. klassischen Juristen läßt sich eine derartige Meinungsverschiedenheit noch nicht nachweisen.

§ 3.

Die eigentliche Fehde über den Umfang der Haftung des debitor morosus für Zufall knüpft vielmehr erst an die Glossatoren Martinus und Johannes Bassianus an. Während Johannes dem Schuldner

[1]) Glück, Erläuterungen der Pand., Bd. 4, § 330, S. 414.
[2]) Madai, Die Lehre von der Mora, Halle 1837, S. 288 ff.

noch eine unbedingte Haftung auferlegt, will Martinus ihn dann davon befreit wissen, wenn der während der mora eingetretene Nachteil den Gläubiger auch ohne die mora des Schuldners getroffen haben würde.

Die Frage, um die es sich handelt, hat sich also etwas geändert, indem die von Prousteau den Sabinianern in den Mund gelegte Ansicht aus dem Streite der Meinungen ausgeschieden ist. Dagegen wird eine völlig neue Abgrenzung der Haftung aufgestellt von Bartolus. Er unterscheidet zwischen actiones in rem und in personam. Für die Letzteren nimmt er mit Johannes eine unbedingte Haftung an. Bei den Ersteren dagegen unterscheidet er zwischen dem Besitzer, der seinen Besitz bona oder mala fide erworben hat. Nur der Erstere wird frei, wenn die Sache auch beim Gläubiger vom gleichen Zufall betroffen worden wäre.

Diese Ansicht wird insbesondere wegen der ihr entgegenstehenden L. 14, § 1, D. 16, 3 von den späteren Juristen fast übereinstimmend verworfen.

Es kann nun nicht die Aufgabe dieser Darstellung sein, die Meinungen der einzelnen Juristen der folgenden Jahrhunderte wiederzugeben, wie sie Madai ausführlich schildert. Erwähnt sei nur die Ansicht des Donellus. Er führt ungefähr folgendes aus: Die mora debitoris dürfe dem Gläubiger keinen Schaden bringen. Deshalb müsse der debitor morosus für den zufälligen Untergang des geschuldeten Gegenstandes stets dann aufkommen, wenn der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung in der Lage gewesen wäre, denselben zu veräußern. Deshalb lege Ulpian in L. 47, § 6 D. 30 nur Gewicht darauf, ob der Vermächtnisnehmer das

Grundstück habe verkaufen können, nicht aber darauf, ob er auch beweisen könne, daß er es in der Tat verkauft haben würde. Denn es komme nicht darauf an, was er wirklich haben würde, sondern was er haben könnte, wenn er hätte veräußern wollen. Ebenso müßten in der L. 14, § 1, D. 16, 3 die Worte: si forte distracturus erat petitor, si accepisset, dahin verstanden werden: nam si ei restitusset, distraxisset-si vellet- et pretium lucratus esset.

§ 4.

Auch unter den Schriftstellern des gemeinen Rechts hat die Frage der Haftung des debitor morosus für Zufall eine überaus reiche Behandlung gefunden. Ich muß mich daher darauf beschränken, eine kurze Übersicht der vertretenen Ansichten zu geben.

Dabei sind folgende Hauptgruppen zu unterscheiden:

I. Der in Verzug befindliche Schuldner haftet auch noch im gemeinen Recht für Zufall ohne jede Einschränkung [1]).

II. Der Schuldner haftet nicht unbedingt. Voraussetzung seiner Haftungsbeschränkung ist, daß der Schuldner beweist, das schädigende Ereignis würde den Leistungsgegenstand auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben. In Bezug auf die weiteren Erfordernisse herrscht Streit, und hier lassen sich von kleinen

[1]) So Madai, a. a. O., § 46; Schilling, In Richters krit. Jahrb., Jahrgang 1838, S. 218 ff.; Fritz, Erl. z. Wening-Ingenheim, Freiburg-Karlsruhe 1839, Bd. 2, S. 359 ff.; Koch, Recht der Forderungen, Bd. 1, S. 3.

Abweichungen in Einzelheiten abgesehen wieder folgende Gruppen unterscheiden:

1. Die Befreiung von der Haftung tritt ohne weiteres ein, wenn der Gläubiger nicht beweist, daß er verkauft haben würde[1]).
2. Die Befreiung tritt ohne weiteres ein, wenn der Gläubiger nicht beweist, daß ihm ein Verkauf möglich war[2]).
3. Die Haftungsbefreiung tritt erst ein, wenn der Schuldner auch noch beweist, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde[3]).
4. Die Befreiung tritt erst ein, wenn der Schuldner beweist, daß der Gläubiger in der Absicht kontrahiert habe, die Sache für sich zu behalten[4]).

---

[1]) Thibaut, System der Pandekten, 8. Aufl., Bd. 1, § 99, S. 82; Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pandekt., III. Aufl., Bd. 2, § 373, S. 319; Kniep, a. a. O., S. 58, § 66; Unger, In der Österr. Vierteljahrsschr. v. Haimerle, Bd. 13—14, S. 115 ff.; Sintenis, Das praktische gem. Zivilrecht, III. Aufl., Bd. 2, S. 195 ff.; Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB., Bd. 2, § 13, 2.

[2]) Mommsen, Beitrag zum Obligationenrecht, Braunschweig 1853—55, Bd. 1 § 23; Schömann, Lehre v. Schadensersatz 1806, T. 2, S. 64.

[3]) Savigny, Syst. d. heutigen röm. Rechts, Bd. II, 1 § 274; Vangerow, Lehrb. d. Pand., VII. Aufl., Bd. 3 § 588, Anm. 3; Wolf, Lehre v. d. mora, S. 467; Wächter, Erört. aus d. röm.-dtsch. u. württemberg. Privatr., Heft 1—3, S. 133, Anm. 94; Buchka, Einfluß des Prozesses, S. 210; Seuffert, Prakt. Pandektenr., II. Aufl., Bd. 2, § 246; Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr., Bd. 2, § 104, S. 135; Brinz, Lehrb. d. Pand., II. Aufl., Bd. 2, S. 300; Buchardi, Syst. u. innere Gesch. d. röm. Privatr., II. Aufl.; Unterholzer, Lehre d. röm. R. v. d. Schuldverh., Leipzig 1840, S. 121; Mackeldey, Lehrb. d. röm. R., 14. Aufl., S. 135; Girard a. a. O., S. 705; Windscheid a. a. O., Bd. 2, § 41, Anm. 14; Dernburg, Pand., Bd. 2, § 41, Anm. 2.

[4]) Puchta, Vorles. üb. d. heutige röm. Recht. VI. Aufl., Bd. 2, S. 103.

Der Hauptvertreter der Geltung einer unbedingten Haftung für Casus im gemeinen Recht ist hiernach Madai.

Den Ausgangspunkt seiner Erwägungen bildet der von Paulus in L. 91, D. 45, 1 mitgeteilte Satz: quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, den Paulus in L. 58, § 1, D. 46, 1 auch auf die mora ausdehnt. Diese perpetuatio obligationes bedeutet nach Madai nichts anderes, als daß der Schuldner fortan ohne Rücksicht auf die Existenz des Gegenstandes der Obligation dem Gläubiger verpflichtet bleibe. Ein zufälliger Untergang des Leistungsgegenstandes, der ihn sonst befreien würde, vermag jetzt an seiner Haftung nichts mehr zu ändern. Vielmehr wird gleichwohl dieser Untergang als durch ihn verschuldet angesehen. Ausdrücklich bestätigt dies nach seiner Ansicht L. 82, § 1, D. 45, 1 und L. 24, D. 22, 1.

Davon ausgehend sucht Madai dann die scheinbar dem widersprechende L. 47, § 6, D. 30 dahin auszulegen, daß hier nur der Grund des Ersatzanspruchs, nicht eine Bedingung desselben wiedergegeben sei. Die L. 45, § 3, D. 6, 1, in der eine Ausnahme von der unbedingten Haftung allerdings nicht zu leugnen sei, beziehe sich auf den malae fidei possessor. Es sei unzulässig, die für ihn geltenden Grundsätze auf den debitor morosus zu übertragen. Ebensowenig Beweiskraft könne die L. 14, § 1, D. 16, 3 haben, da doch nicht notwendig durch jeden Prozeßbeginn eine mora entstehe, die Stelle also sehr wohl auf einen Fall bezogen werden könne, in welchem trotz Einlassung des Schuldens in einen Prozeß eine mora nicht entstanden sei.

Von den Vertretern der unter II, 1 genannten Ansicht äußert sich am ausführlichsten Glück[1]).

Er geht aus von der Ansicht des Cassius und Sabinus in L. 40, pr. D. 5, 3 und L. 14, § 1, D. 16, 3, wonach der Schuldner für einen natürlichen Zufall nicht hafte, den daraus entstehenden Schaden also der Eigentümer zu tragen habe. Durch die von Ulpian in L. 40, pro D. 5, 3 aufgestellte Ansicht werde diese Regel keineswegs verworfen. Vielmehr werde von ihr nur eine Ausnahme gemacht, nämlich für den Fall, daß der Kläger die Sache veräußert und dadurch den Schaden von sich abgewendet haben würde. Dieser Tatbestand sei die Voraussetzung der Haftung des Schuldners trotz natürlichen Untergangs des Leistungsgegenstandes, also die Bedingung des klägerischen Anspruchs. Demnach sei auch vom Kläger zu beweisen, daß er den Schaden durch Verkauf von sich abgewandt haben würde.

In neuerer Zeit ist die Ansicht, daß der Gläubiger beweisen müsse, er würde den Schaden durch Verkauf von sich abgewandt haben, wiederum mit ausführlicher Begründung von Kniep[2]) vertreten worden.

Er geht, wie schon vor ihm Vangerow, davon aus, daß das oberste Prinzip der mora nicht das der perpetuatio obligationis sei, sondern das der Verpflichtung zur Interesseleistung. Der Grundsatz: mora perpetuat obligationem habe jede Bedeutung verloren. Deshalb erlösche auch der ursprüngliche Anspruch mit dem Untergange des Leistungsgegenstandes. An

[1]) Glück, a. a. O., Bd. 8, S. 237 ff.
[2]) Kniep, D. Lehre v. d. mora, Bd. 2, § 66, S. 58.

seine Stelle könne unter der Voraussetzung, daß ein Schaden wirklich entstanden sei, ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung treten. Diesen habe aber der Gläubiger zu beweisen. Wäre also die während des Verzuges untergegangene Sache auch bei rechtzeitiger Leistung untergegangen, so habe der Gläubiger darzutun, daß der Untergang allein ihm keinen Schaden gebracht hätte, da er z. B. verkauft haben würde, sondern daß der Schaden erst durch die nicht rechtzeitige Leistung entstanden sei. Diesen Kausalzusammenhang müsse er beweisen.

Demgegenüber hat Mommsen[1]) die unter II, 2 genannte Ansicht vertreten.

Die mora erzeugt nach ihm für den Schuldner die Verpflichtung, neben dem ursprünglichen Gegenstand der Obligation auch das Interesse der entzogenen Benutzung desselben zu leisten. Das Ereignis, welches die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführe, müsse deshalb, sobald der zu leistende Gegenstand auch bei rechtzeitiger Leistung untergegangen sein würde, da es dann an einem Kausalzusammenhange zwischen der mora und dem Unmöglichwerden der Leistung fehle, den Schuldner von seiner ursprünglichen Verpflichtung befreien. Nicht aber von der Verpflichtung zur Leistung des Gebrauchsinteresses, da ja diese Leistung nicht unmöglich geworden sei. Die Vorteile der Benutzung, welche zu ersetzen seien, beständen aber auch in dem Nutzen, welcher aus einer Disposition über eine Sache, z. B. aus ihrer Verwendung zur Abtragung einer Schuld oder aus einem Verkauf

[1]) Mommsen, Beitr., a. a. O., Bd. 1, § 23.

gezogen werden könne. So komme es, daß der Schuldner, der sich im Verzug befinde, bei Untergang der Leistung in der Regel den Wert der Sache erstatten müsse, nämlich in allen Fällen, in denen der Gläubiger, wenn rechtzeitig erfüllt worden wäre, den Gegenstand der Leistung hätte verkaufen und so den Schaden von sich abwenden können. Diese Voraussetzungen müsse aber der Gläubiger beweisen, wenn er Schadenersatz verlange.

Es liege hier, wie Mommsen[1]) an anderer Stelle auseinandersetzt, eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des Beweises des Kausalzusammenhanges vor, indem, falls die Verkaufsmöglichkeit bewiesen werde, ohne weiteres angenommen werde, der Gläubiger würde den wahren Sachwert durch den Verkauf erlangt haben.

Die Verkaufsmöglichkeit erscheint also als die vom Gläubiger zu beweisende Bedingung seines Anspruchs.

Diese Ansicht hat jedoch Mommsen später zurückgenommen und sich auf den Boden der unter II, 3 genannten Ansicht gestellt, die in dem letzten Jahrhundert fast allgemeine Geltung erlangt hat.

Es kann nun hier nicht auf die Begründung eingegangen werden, welche die älteren Schriftsteller für diese Ansicht gegeben haben. Nur die wichtigsten Schriftsteller seit Savigny sollen Erwähnung finden.

Nach Savigny[2]) erscheint die faktische Entziehung der Verkaufsmöglichkeit als bloßes Motiv der

---

[1]) Mommsen, Beitr., a. a. O., Bd. 2, S. 187.
[2]) Savigny, a. a. O., Bd. I, 1, § 274.

Verpflichtung des Schuldners. Nicht aber wird die hypothetische Wirklichkeit des Verkaufs in eine Bedingung verwandelt, ohne deren Beweis die Verpflichtung nicht gelten solle, sodaß der Kläger beweisen müßte, er würde von jener Möglichkeit Gebrauch gemacht haben. Überdies sei ein strenger Beweis, daß der Kläger etwas getan haben würde, unmöglich (vgl. L. 47, § 6, D. 30 und L. 40, pr. D. 5, 3). Dem widerspreche auch nicht die L. 15, D. 6, 1. Denn „si forte distracturus erat" heiße wörtlich „wenn es als eine Möglichkeit erscheint, daß er verkauft hätte".

Das Resultat ist also folgendes: Die Verpflichtung als solche ist insofern unbedingt, als der Kläger, um sie geltend zu machen, niemals einen besonderen Beweis zu führen braucht. Grund der Verpflichtung ist die dem Berechtigten entzogene Möglichkeit, die streitige Sache vorher zu verkaufen und dadurch jeden Schaden von sich abzuwenden. Diese Möglichkeit versteht sich nun im allgemeinen von selbst und nur in den seltenen Fällen, in denen der Beklagte beweist, daß diese Möglichkeit im konkreten Falle nicht vorhanden war, fällt auch die durch sie begründete Verpflichtung zur Entschädigung fort.

Diesen Ausführungen hat sich Mommsen unter Berufung auf L. 47, § 6, D. 30, L. 14, D. 4, 2, L. 15, § 2, D. 6, 1 und L. 40, pr. D. 5, 3 im wesentlichen angeschlossen.

Windscheid hat sich in der Heidelberger Kritischen Zeitschrift[1]) auf den unter II, 1 genannten Standpunkt gestellt. Später[2]) hat er jedoch seine Ansicht

[1]) Heidelb.Krit.Zeitschr., Bd.2, S.556—58 u. Bd.3, S.263—65.
[2]) Windscheid, Pand., a. a. O., Bd. 2, § 280, Anm. 14.

geändert und verlangt ebenso wie Dernburg[1]) vom Schuldner den Beweis, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde.

Entscheidend ist für Windscheid vor allem L. 3, § 3, D. 19, 1.

Diese Stelle besagt aber nichts, da es sich dort um eine Preisminderung handelt.

Daß aber bereits das römische Recht zwischen Preisminderung und Unmöglichkeit unterschieden hat, zeigt deutlich L. 3 u. L. 4, D. 13, 3.

Endlich ist noch unter II, 4 eine Ansicht erwähnt worden, die von Puchta[2]) aufgestellt worden ist. Sie wird am besten an Ort und Stelle widerlegt durch die Anmerkung des Herausgebers Rudorff.

§ 5.

Betrachtet man alle diese Versuche, die zahlreichen Quellenstellen miteinander in Einklang zu bringen und so einen einheitlichen Standpunkt zu gewinnen, so kommt man zu dem Resultat, daß alle diese Bemühungen vergeblich gewesen sind. Eine einheitliche Auslegung ist nur dadurch möglich, daß man die eine Stelle zu Gunsten der anderen beugt, und da man jede als die zu beugende ansehen kann und umgekehrt, so muß man naturgemäß zu den widersprechendsten Auslegungen gelangen. Die Tatsache, daß hier zwischen den einzelnen Stellen ein Widerspruch vorliegt, läßt sich nun einmal nicht ableugnen. Weit richtiger wird es sein, worauf schon eingangs

[1]) Dernburg, Pand., a. a. O., Bd. 2, § 41, S. 113.
[2]) Puchta, a. a. O., Bd. 2, S. 103.

hingewiesen worden ist, diesen Zwiespalt als Folge einer historischen Entwickelung der Anschauungen von der mora zu erklären.

Zwei Leitsätze sind es, die die Wirkungen der mora im römischen Recht beeinflußt haben:

1. Mora perpetuat obligationem.
2. Die mora verpflichtet zum Ersatz jedes daraus entstehenden Schadens, d. h. des Interesses.

Mora perpetuat obligationem ist dabei als der ältere Satz anzusehen. Seine Entstehung ist naturgemäß geknüpft an das Eindringen des Verschuldungsprinzips ins römische Recht. Die Mahnung erlangt ihre rechtliche Bedeutung zuerst bei der condictio auf res certa und hat dieselbe Wirkung wie die litis-contestatio: Die obligatio wird verlängert. Der Fortschritt ist folgender: Während bisher der Richter nur darauf zu sehen hatte, ob und in welchem Zustande die Sache zur Zeit der Litis-contestation vorhanden war und danach zu kondemieren hatte, kommt es jetzt hierfür auf den Zeitpunkt der Mahnung bezw. Vertragskulpa an. So kam es, daß das spätere Schicksal der Sache völlig gleichgültig war, der Schuldner also auch für Zufall ohne jede Ausnahme haftete. Diese Haftung wurde aber nicht als selbständiges Prinzip aufgestellt, sondern trat erst als Folgeerscheinung der perpetuatio ein. Diese Konstruktion hatte den großen Vorteil, daß die condictio immer noch eine certa blieb.

Allmählich ist dann die Wirkung der mora auch auf condictiones incerti übertragen worden, wie zahlreiche Stellen zeigen.

Später jedoch ändert sich die Anschauung der Römer vom Wesen der mora.

Der dem Gläubiger gegebene Anspruch ist zunächst kein rein zivilrechtlicher, vielmehr hat er immer noch den aus der Einführung der culpa für die Bestimmung des Haftungsgrades herrührenden Strafcharakter. Dies zeigt sich besonders darin, daß der Gläubiger die aestimatio unabhängig von seinem Schaden erhält, z. B. einerseits, wenn die Sache auch bei ihm untergegangen wäre, er also gar keinen Schaden durch die mora erlitten hat, andererseits auch, wenn sein Schaden durch nachfolgende Ereignisse sich vergrößert hat.

Allmählich vollzieht sich jedoch in der Anschauungsweise ein Umschwung, und zwar zuerst bei den bonae fidei iudicia, die ja von Natur aus auf das Interesse angelegt waren. Denn hier kam es von vornherein nicht auf den Zeitpunkt der litis-contestatio an, sondern auf den des Urteils, und vermöge des iudicium ex bona fide konnte hier der Richter jede mit der mora im Zusammenhang stehende Schädigung, auch die, welche erst durch weitere hinzutretende Ereignisse verursacht wurde, berücksichtigen. Zwar hatte man mit der Einführung der perpetuatio durch Mahnung die Grundsätze der Litis-contestation auf einen solchen Verzug übertragen. Allein niemals wollte diese Verpflanzung recht Wurzel fassen, und so begann hier zuerst der Zweifel und schließlich der Widerspruch einzusetzen. Charakteristisch ist für diesen Zweifel das Streben der klassischen Juristen (insbesondere L. 47, § 6, D. 30 [Ulpian]), die unbedingte Haftung vom Gesichtspunkte einer Schadensersatzpflicht aus zu rechtfertigen.

Gradezu für eine Interessehaftung sprechen L. 12, § 4, D. 10, 4 und L. 36, § 2, D. 7, 1.

Stellt man sich nun auf den Standpunkt einer Interessehaftung für das gemeine Recht, so ergibt sich, daß der debitor morosus jetzt nicht mehr für jeden Zufall haftet, sondern nur für den, der mit der mora im Kausalzusammenhang steht, aber auch für jeden, d. h. auch für den Schaden, der durch nachfolgende Ereignisse verursacht ist, welche bei rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten wären. Dieser Kausalzusammenhang ist nun jedenfalls dann gegeben, wenn das schädigende Ereignis die Sache bei rechtzeitiger Leistung nicht getroffen hätte, oder zwar getroffen hätte, aber daraus dem Gläubiger kein wirtschaftlicher Schaden entstanden wäre. In letzterer Beziehung wird in erster Reihe an einen Verkauf zu denken sein. Aber auch Verpfändung und Versicherung gehören hierher. Bloßer Verkauf wäre aber noch nicht genügend, vielmehr müßte der Gläubiger auch den Kaufpreis erhalten und keiner Rückforderung desselben ausgesetzt sein.

Sehen wir nun zu, wer diese Tatsachen zu beweisen hat.

Der Kläger, der aus einem Vertrage auf Leistung klagt, braucht nichts weiter zu beweisen als Vertragsschluß und Fälligkeit. Der Schuldner kann sich befreien durch den Nachweis, daß die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist. Beim Verzuge ist die Lage des Gläubigers dieselbe. Hinzu tritt jedoch die Behauptung einer mora. Kann der Schuldner ihr Nichtvorhandensein nicht beweisen, so befreit ihn jetzt auch das zufällige Unmöglichwerden der Leistung nicht mehr. Vielmehr muß er dem Gläubiger sein Interesse an der Leistung ersetzen.

Danach würde es scheinen, als müßte der Gläubiger sein Interesse an der Nichtleistung, d. h. die Kausalität des Verzuges beweisen. Allein durch den Grundsatz der Interessehaftung ist der ursprüngliche Satz von der perpetuatio nur insoweit modifiziert, als er damit nicht vereinbar ist. Im übrigen muß er auch noch für das gemeine Recht gelten. Da nun eine solche Modifikation lediglich im Interesse des Schuldners liegt und sich außerdem als Ausnahme vom allgemeinen Prinzip darstellt, so wird man nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner diesen Beweis auferlegen müssen.

2) Neuere Kodifikationen.

§ 6.

Auch die neueren Kodifikationen haben sich auf den Boden einer beschränkten Haftung des debitor morosus für Zufall gestellt. Die sich schon im gemeinen Recht an diese Ansicht knüpfenden Streitfragen sind jedoch auch durch sie nicht aus der Welt geschafft worden.

Die den vorliegenden Gegenstand betreffenden §§ des preußischen ALR. sind folgende: I 16, § 18, I 7, § 241 und I 7, § 244.

Maßgebend ist für die hier behandelten Fragen insbesondere § 241: „Der Schuldner soll den Zufall tragen, wenn nicht ausgemittelt werden kann, daß der Zufall die Sache im Besitz des Gläubigers ebenfalls getroffen haben würde“. Da der Schuldner haften soll, wenn nicht ausgemittelt werden kann, trägt er die Gefahr der Ungewißheit des Auszumittelnden, ist also

dafür beweispflichtig. Hierüber herrscht auch allgemeine Übereinstimmung[1]).

Streitig ist es dagegen, welche Tatsache nach dem Gesetz vom Schuldner auszumitteln ist.

Das ALR. spricht nicht davon, wie das gemeine Recht, daß der Schuldner auch zu beweisen habe, der Gläubiger würde bei rechtzeitiger Leistung nicht verkauft haben.

Gleichwohl nimmt Dernburg[2]) an, daß das Gesetz vom Schuldner gegebenenfalls auch diesen Beweis verlange. Denn wie könne er beweisen, daß der Zufall die Sache im Besitz des Gläubigers getroffen haben würde, wenn nicht vorher erhelle, daß er den Besitz zur Zeit des Verlustes noch gehabt haben würde? Nur sei auch dieser Beweis cum grano salis zu verstehen. Es genüge, daß nach den besonderen Umständen anzunehmen sei, der Gläubiger würde die Sache behalten haben[3]).

Allein die Dernburgsche Argumentation ist unrichtig.

Der Hinweis auf einen Verkauf ist auch im gemeinen Recht nur ein Beispiel für ein höheres Prinzip, nämlich das der Schadensabwendung. Die Tatsache, daß der Gläubiger zur Zeit des Unterganges des Gegenstandes noch in dessen Besitz gewesen wäre, beweist noch lange nicht, daß er den Schaden nicht von sich abgewandt haben würde. Der Gedanke der Schadens-

[1]) Vgl. hierzu Koch, Kom. z. ALR., 8. Aufl., Anm. 2 z. I, 7, § 241; Lehrb. d. preuß. Privatr., Bd. 2, S. 65.

[2]) Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., § 72, S. 171.

[3]) Ebenso Wahlburg, a. a. O. S. 48.

abwendung liegt also dem § 241 des ALR. garnicht zu Grunde. Hier ist vielmehr nur bestimmt, daß der Schuldner frei wird, wenn der Zufall auch die Sphäre des Gläubigers getroffen haben würde. Und nur dies hat der Schuldner zu beweisen. Auf die Frage der Schadensabwendung wird hier überhaupt nicht eingegangen. Deshalb ist auch die Frage der Beweislast hierfür dort garnicht entschieden[1]).

Daraus ist aber noch nicht zu entnehmen, daß die Frage der Schadensabwendung überhaupt für das ALR. ohne Belang ist. Das ROHG.[2]) hat sogar mehrfach entschieden, daß der Gläubiger die Einrede des Schuldners, das schädigende Ereignis würde den Leistungsgegenstand auch im Besitz des Gläubigers getroffen haben, durch die Replik abwenden könne, es würde ihm möglich gewesen sein, die Sache noch vor dem schädigenden Ereignis zu veräußern oder sonst zu verwerten[3]).

Bezüglich des Zeitpunktes, den der Gläubiger seiner Schadensberechnung zu Grunde legen kann, hat der Gläubiger auch hier ein Wahlrecht. Er muß jedoch immer beweisen, daß er gerade den Wert des Zeitpunktes, den er zu Grunde legt, realisiert haben würde[4]).

---

[1]) So auch Koch, Kom. z. ALR., Anm. 2 z. I, 7, § 241; Savigny, a. a. O. Bd. VI, 1, S. 197; Bornemann, Von Rechtsgeschäften, Berlin 1833, S. 339; Foerster, Theorie u. Praxis des heut. gem. preuß. Privatr., III. Aufl., S. 120, N. 20; ROHG., Bd. 9, S. 141.

[2]) ROHG., Bd. 8, S. 115, Bd. 9, S. 137, Bd. 21, S. 241.

[3]) So auch Rehbein-Reinke, Das ALR. für die preuß. Staaten, IV. Aufl., Bd. 1, Anm. z. I, 7, § 241; Foerster, Preuß. Privatr., 7. Aufl., Bd. 1, S. 714 ff.

[4]) So ROHG., Bd. 8, S. 116 ff.

§ 7.

Während so das ALR. ebenso wie das gemeine Recht immer noch verlangt, daß der Zufall, der die Sache beim Gläubiger getroffen haben würde, mit dem, der sie beim Gläubiger wirklich getroffen hat, identisch sei, bringt der code civil[1]) in dieser Beziehung einen Fortschritt. Die Identität beider Ereignisse soll nicht mehr erforderlich sein.

Daß er den Schaden durch Veräußerung von sich abgewandt haben würde, hat auch hier der Gläubiger zu beweisen[2]).

Für die österreichische Gesetzgebung vgl. §§ 1311, 965, 1047, 1295, 1298 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (vgl. § 745), ebenso das Schweizer Bundesgesetz (vgl. Art. 118) legen dem Schuldner die volle Beweislast auf.

II. Reichsrecht.

1) Der durch § 287 S. 2 BGB. geregelte Tatbestand.

§ 8.

Daß im § 287 S. 2 BGB. die Leistung, mit der der Schuldner im Verzug ist, nicht notwendig eine Sachleistung sein muß, kann keinem Zweifel unterliegen, wie schon der sonstige Sprachgebrauch z. B.

[1]) Code civil, Art. 1302, Abs. 2 ff.

[2]) Vgl. Anschütz, z. Zachariae, Handb. d. franz. Zivilr., Heidelberg 1853, Bd. 2, § 3, 1. Anm. 8.

im § 241 BGB, ferner der Umstand, daß dem ersten Entwurf gegenüber eine Änderung vorgenommen worden ist, beweist. Auch spricht hierfür der Gegensatz zu § 848 BGB., der ausdrücklich von der Verpflichtung zur Rückgabe „einer Sache" handelt.

Zweifelhaft kann es nur sein, ob entsprechend der im § 241 BGB. gegebenen Auslegung des Begriffs der Leistung als solche auch eine Unterlassung in Frage kommen kann. Und zwar wird die Entscheidung dieser Frage davon abhängen, inwieweit überhaupt bei Unterlassungsverbindlichkeiten von einem Verzug die Rede sein kann.

Diese Frage ist bestritten[1]). Für die vorliegende Arbeit wird es jedoch genügen, daran festzuhalten, daß man auch den Fall, daß die vertraglich geschuldete Leistung in der Vornahme einer Handlung besteht, im Auge haben muß.

Die Leistung soll nun im Falle des § 287 Satz 2 BGB. während des Verzuges unmöglich geworden sein. Daß der Fall einer Preisminderung nicht hierunter fällt, ist bereits in der Einleitung erörtert worden. Hier genügt es, auf das dort Gesagte zu verweisen.

§ 9.

Der § 287 Satz 2 des BGB. fordert ferner, daß diese Unmöglichkeit durch einen Zufall d. h. einen an sich nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstand während des Verzuges entstanden ist. Daß der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand erst während des Verzuges eingetreten sei, setzt auch § 286 BGB.

[1]) Vgl. Golde, im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 99, Jahrg. 1906.

voraus, da doch die Wirkung nicht vor der Ursache liegen kann; und außerdem würde der Schuldner andernfalls niemals in Verzug geraten.

Für diese Unmöglichkeit der Leistung soll der Schuldner „verantwortlich sein", d. h. nichts anderes, als: er hat sie zu vertreten (wie Satz 1) oder auch, er hat den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[1]). Aus der Unmöglichkeit der Leistung direkt entsteht nun niemals ein Schaden, sondern, wie es § 280 BGB. richtig zum Ausdruck bringt, aus der daraus folgenden Nichterfüllung. Es muß also zwischen Unmöglichkeit resp. Nichterfüllung und Vermögensminderung ein Kausalzusammenhang bestehen. Dies zeigt auch schon die Definition des Schadensbegriffs im § 249 BGB.

Was nun im einzelnen zu dem vom Gesetz im allgemeinen geforderten Kausalzusammenhang erforderlich ist, mag streitig sein. Darüber ist man sich jedenfalls einig, daß das kausale Moment mindestens die conditio sine qua non darstellen muß. Ist es dies nicht, so fehlt es von vornherein am Kausalzusammenhang, es ist gar kein Schaden daraus entstanden. Ist also z. B. die Leistung während des Verzuges durch Zufall unmöglich geworden, so besteht schon von vornherein gar kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verzuge des Schuldners und dem Schaden des Gläubigers, wenn auch ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand d. h. die Unmöglichkeit der Leistung für den Gläubiger derselbe Schaden eingetreten wäre. Denn dann war dieser Umstand garnicht die conditio

[1]) Vgl. Eck, Vortr. üb. das Recht d. BGB., Bd. 1, Berlin 1906, S. 271, Anm. 2; Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 65; A. M. Staub, in der Festschr. f. d. 26. Deutschen Juristentag, Berlin 1902.

sine qua non des Schadens. Mit anderen Worten: Insoweit der Vermögensverlust auch ohne diesen Zufall eingetreten wäre, ist er nicht durch den Zufall verursachter Schaden, also auch nicht zu ersetzen.

Nun soll aber nach Träger[1]) in den §§ 287 und 848 BGB. keine Haftung für die zufälligen (inadaequaten) Folgen schlechthin angeordnet sein, sondern nur für diejenigen zufälligen Folgen, die sich auf die vertraglich geschuldete oder herauszugebende Sache selbst beziehen. Träger gibt dafür folgendes Beispiel: „Wenn ich infolge der nichtrechtzeitigen Lieferung des bestellten Tafelgeschirrs genötigt bin, mir solches aus der nächsten Stadt zum Gesellschaftsabend zu besorgen und auf der Fahrt zur Stadt verunglücke, so ist der Verzug des Schuldners zwar conditio sine qua non (relevant) für den Unfall, aber dennoch haftet der Schuldner nicht für den durch die Verletzung entstandenen Schaden, weil die Verletzung eine inadaequate, die Sache selbst nicht treffende Folge des Verzuges ist."

Demgegenüber vermag ich zunächst nicht zu erkennen, was das angeführte Beispiel mit § 287 Satz 2 BGB. zu tun hat. Denn ich sehe nicht, wo in dem angeführten Beispiel „die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der Leistung", die doch Voraussetzung des § 287 Satz 2 ist, liegt. Entweder ist in dem als Beispiel angeführten Falle die Leistung heute noch möglich, nämlich, wenn der Zeitpunkt gar keine Rolle spielt, oder es war der Zeitpunkt der Lieferung für

[1]) Träger, Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, S. 262.

die Frage der Möglichkeit entscheidend: dann ist gar kein Verzug eingetreten; oder endlich es war der später liegende Zeitpunkt der Gesellschaft maßgebend: dann gilt § 286 Satz 2 BGB.

Nun kommt man allerdings in dem von Träger gegebenen Beispiel zu einer Ablehnung der Haftung, aber mangels Kausalzusammenhangs zwischen Vermögensminderung und schädigendem Ereignis d. h. Nichtleistung. Also weil aus der Nichtleistung gar kein Schaden entstanden ist (§§ 286 und 249 des BGB.). Denn die Nichtleistung war, wie es Enneccerus[1]) ausdrückt, ihrer allgemeinen Natur nach im vorliegenden Fall für die Entstehung eines derartigen Schadens ganz indifferent und verursachte nur infolge außergewöhnlicher Umstände einen Schaden. Ein solcher Kausalzusammenhang genügt aber nicht, um eine Haftung zu begründen.

Was weiter den von Träger aufgestellten Satz anlangt, daß eine Haftung nur dann eintritt, wenn die zufälligen Folgen sich auf die geschuldete oder herauszugebende Sache selbst beziehen, so ist er unrichtig, wenn man ihn wörtlich auffaßt, wie es Enneccerus tut. Denn dann würde diese Formulierung nicht nur §§ 280 und 286 BGB. widersprechen, sondern auch zu höchst unerfreulichen Resultaten führen; z. B. wenn ich im Herbst für mein Treibhaus eine Heizungsanlage bestelle, die der Schuldner nach meinen besonderen Angaben in seiner Fabrik herstellen soll, und die Fabrik mit der Heizungsanlage wird während des Verzugs durch Feuer zerstört, so würde ich nach

[1]) Enneccerus, a. a. O. § 235, S. 590 ff.

Träger auf Grund des § 287 Satz 2 BGB. nicht den Schaden ersetzt erhalten, der mir durch das Erfrieren sämtlicher Gewächse entstanden ist. „Denn diese Folgen beziehen sich ja nicht mehr auf die geschuldete Leistung, d. h. die Heizungsanlage."

Gemeint ist aber wohl von Träger Folgendes: Der in Verzug befindliche Schuldner wird zwar von seiner Verbindlichkeit nicht dadurch frei, daß die Leistung durch einen Zufall und zwar inadaequat untergegangen ist[1]). Er haftet aber nicht auch für die sich aus diesem Untergang für den Gläubiger zufällig inadaequat ergebende, sondern nur für die sich daraus adaequat ergebende Vermögensminderung. Denn über den Kausalzusammenhang zwischen Untergang und Vermögensminderung sagt § 287 Satz 2 des BGB. überhaupt nichts. Es kommen also für den Kausalzusammenhang hier die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

So aufgefaßt halte auch ich, nach dem, was ich oben ausgeführt habe, den Trägerschen Satz für richtig[2]).

§ 10.

Nicht jeder Schaden, der aus einer während des Verzuges durch Zufall (inadaequat) eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung (adaequat) entstanden ist, soll aber nach § 287 BGB. zu ersetzen sein, sondern

---

[1]) Vgl. Träger, Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, S. 167.

[2]) So auch Oertmann, R. d. Schuldverh., 2. Aufl., Anm. 2 z. § 287; Staudinger, Kom. z. BGB., III.—IV. Aufl., Anm. z. § 287, Satz 2.

nur derjenige, der bei rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten wäre.

Man hat das oft eine Haftung für casus mixtus genannt[1]).

Meines Erachtens für unser heutiges Recht mit Unrecht, wie folgendes Beispiel zeigen wird. Nehmen wir an, ein zu lieferndes Pferd sei 8 Tage nach Eintritt des Verzuges anläßlich einer Feuersbrunst zu Grunde gegangen und so die Leistung unmöglich geworden. Verlangt jetzt der Gläubiger Schadensersatz, so kommt es nicht darauf an, ob der casus, d. h. die Einwirkung des Feuers, mixtus d. h. durch die Nichtleistung verursacht ist oder negativ ausgedrückt, ob das Feuer bei rechtzeitiger Leistung das Pferd nicht getötet hätte, bisweilen sogar nicht einmal auf die Tatsache der Tötung, sondern nur auf den Schaden des Gläubigers. Nicht der casus, sondern der Schaden muß mixtus sein, d. h. bedingt durch die nichtrechtzeitige Leistung. Das Prinzip, das dem BGB. zu Grunde liegt, ist eben nicht mehr dasselbe, wie im ALR. Dort haftet der Schuldner allerdings nur für casus mixtus. Deshalb kann z. B. dort der Umstand, daß in dem oben angeführten Beispiel das Pferd beim Gläubiger an einer Seuche krepiert wäre, dem Schuldner nichts nützen. Auf diesem Standpunkt steht auch noch der § 23 des ersten Entwurfs zum BGB[2]). Heute aber kommt es auf die Identität des Zufalls überhaupt nicht mehr an, sondern nur noch auf die Identität des Schadens.

[1]) Vgl. Kuhlenbeck, von den Pand. z. BGB., Anm. 2 z. § 287; Fischer-Henle, Handausg. z. BGB., München 1906, z. § 287, Anm. 2.

[2]) Vgl. Prot. z. 1. Lesung, 1882.

Schon die Protokolle zur 2. Lesung[1]) sprechen sich dahin aus, daß der Zufall, der die Leistung bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben würde, mit dem, der sie während des Verzuges betroffen hat, nicht identisch zu sein brauche.

Auf diesem Standpunkt ist nun die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller stehen geblieben, d. h. sie verlangen, daß der Schaden, der auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, zwar nicht durch denselben Zufall, aber doch immerhin durch Zufall eingetreten sei.

Dies Erfordernis findet aber m. E. im Gesetz keine Stütze mehr. Auch wenn der Gegenstand der Leistung bei rechtzeitiger Erfüllung vom Gläubiger oder einem Dritten schuldhaft vernichtet worden wäre, wird der Schuldner von seiner Ersatzpflicht frei. Voraussetzung ist dabei nur, daß dadurch auch wirklich dem Gläubiger ein wirtschaftlicher Schaden entstanden wäre, daß er z. B. keinen Ersatz vom Dritten oder aus einer Versicherung erlangen würde[2]).

Hiergegen wird man vielleicht mit Recht einwenden, daß ja auch dies Zufall sei, nämlich vom Standpunkt des Schuldners aus. Der Begriff des Zufalls sei hier ein rein subjektiver, d. h. alles, was der Schuldner nicht zu vertreten hat, ist Zufall im Sinne dieses §. Aber selbst wenn ich es billige, daß dem § dieser Begriff des Zufalls zu Grunde liegt, kann ich doch nicht zugeben, daß der hypothetische

---

[1]) Prot. d. Kommission f. d. 2. Lesung, Bd. 1, S. 327 z. § 251 d. Entwurfs.

[2]) Vgl. Schollmeyer, R. d. Schuldverh., 1900, z. § 287; Träger, a. a. O. S. 267 ad 3 und das dort angeführte Beispiel.

Schaden auch nur durch einen derartigen Zufall entstanden sein müsse.

Auch wenn der Schuldner selbst bei rechtzeitiger Leistung den Gegenstand schuldhaft vernichtet haben würde, ist diese Tatsache unter Umständen noch geeignet, eine Schadensersatzpflicht des Schuldners aus § 287 Satz 2 des BGB. auszuschließen. Ich gebe hierfür folgendes Beispiel:

Der Schuldner ist mit der Lieferung einer Meissener Vase am 1. April in Verzug geraten. Acht Tage später fällt die Vase infolge einer plötzlichen zufälligen Erschütterung von ihrem Standort herab und zerbricht. Der Gläubiger verlangt nun Schadensersatz. Während des Prozesses stellt sich folgender Tatbestand heraus: Am 2. April war der Schuldner in der Wohnung des Gläubigers. Beide sind dort in Streit geraten, und der Schuldner hat dabei sämtliches Mobiliar des Gläubigers demoliert. Da der Schuldner bald darauf in Konkurs fällt, und dieser gegen den Willen des Gläubigers durch Zwangsvergleich endete, erhielt der Gläubiger für das vernichtete Mobiliar nur einen Ersatz von $66^2/_3\%$ des Wertes.

Beide Parteien sind darüber einig, daß die Vase bei rechtzeitiger Leistung sich zur Zeit des Streites noch in der Wohnung des Gläubigers befunden haben würde, und so sicher mit vernichtet worden wäre.

Meines Erachtens kann sich auch in diesem Falle der Schuldner auf § 287 Satz 2 des BGB. berufen und ist aus seiner Vertragsverletzung nur in Höhe von $66^2/_3\%$ des Wertes der Vase zum Ersatz verpflichtet. Eine höhere Ersatzpflicht träfe ihn nur, falls der Gläubiger versichert war, also bei rechtzeitiger

Leistung an Stelle der vernichteten Vase eine bestimmte Summe von der Versicherung erhalten haben würde, und zwar ist er dann in Höhe der Versicherung ersatzpflichtig.

Der Schaden, der bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, braucht also nicht unbedingt durch Zufall entstanden zu sein. Auch Paech[1]) sagt: „Der Schuldner kann sich auf jeden Umstand berufen, welcher den gleichen Effekt gehabt haben würde, gleichgültig, worin dieser Umstand bestanden hätte."

Wir kommen also zu dem Resultat, daß der Schuldner für jeden aus der Unmöglichkeit entstandenen Schaden ersatzpflichtig ist, es sei denn, daß er auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre.

Sieht man nun zu, welche Fälle diese abstrakte Vorschrift deckt, so sind zwei Kategorien zu unterscheiden:

1) Der Leistungsgegenstand würde bei rechtzeitiger Leistung noch zur Zeit des tatsächlich entstandenen Schadens unversehrt gewesen sein.
2) Der Leistungsgegenstand würde bei rechtzeitiger Leistung zwar auch beschädigt worden sein, aber diese Beschädigung würde dem Gläubiger keinen Schaden verursacht haben.

Zu den unter 1) genannten Fällen gehört sowohl der Fall, daß die Sphäre des Gläubigers überhaupt von keinem schädigenden Ereignis betroffen worden ist, als auch der Fall, daß die Sphäre des Gläubigers zwar von einem schädigenden Zufall betroffen worden ist, aber der Gläubiger durch seine Disposition gerade

[1]) Paech, Der Leistungs-Verzug, Berlin 1902, S. 145.

den Leistungsgegenstand vor Verletzung bewahrt haben würde, z. B. durch Unterbringung an einen anderen Ort bei beweglichen Sachen.

Von den unter 2) erwähnten Fällen haben schon die Römer und später die gemeinrechtlichen Schriftsteller den Fall behandelt, daß der Gläubiger den Zufall durch einen vorherigen Verkauf für sich unschädlich gemacht haben würde. Dies ist aber nicht der einzige hierher gehörende Fall. Vielmehr kann auch eine Verpfändung den gleichen Zweck erreichen. Im modernen Recht wird außerdem sowohl bei Mobilien als besonders bei Immobilien die Versicherung eine große Rolle spielen[1]).

Kann nun auch eine Ersatzpflicht durch derartige Umstände ausgeschlossen werden, so kann sie dies doch nur so lange, als sie noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Ist dies dagegen der Fall, dann kann der Umstand, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde, keinen Einfluß mehr ausüben. Wie sollte auch mangels einer gesetzlichen Bestimmung die zeitliche Grenze gezogen werden, wenn der Schaden ex post facto zu berechnen wäre? Sollte man etwa den Zeitpunkt des Urteils wählen, so daß die Lage des Schuldners, je länger der Gläubiger mit der Erhebung der Schadensersatzklage wartete, um so besser würde? Übereinstimmend mit der hier vertretenen Ansicht haben sich auch die Protokolle zur 2. Lesung[2]) geäußert. Es war sogar eine Verdeutlichung dieses Gedankens geplant.

[1]) Paech, a. a. O. S. 145 ff.; Träger, a. a. O. S. 268.

[2]) Prot. der Kom. f. d. 2. Lesung, Bd. 1, S. 327.

Man ist sich deshalb auch heute im allgemeinen darüber einig, daß der Umstand, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre, nur dann zu berücksichtigen ist, wenn dieser Schaden früher entstanden wäre, als der wirklich eingetretene.

Nur Träger und Oertmann[1]) wollen für den Fall eine Ausnahme gemacht wissen, daß der Schaden beim Gläubiger durch denselben Zufall entstanden wäre. In diesem Falle soll es für gleichgültig erachtet werden, ob die Sache beim Gläubiger früher oder später durch das schädigende Ereignis betroffen worden wäre, als sie beim Schuldner wirklich betroffen worden ist: „Wenn z. B. der sich aus dem durchbrochenen Damm einer Talsperre ergießende Strom erst 20 Minuten nach der Zerstörung des Hauses des Schuldners das Haus des Gläubigers wegreißt, oder wenn die Feuersbrunst zuerst das Haus des Schuldners ergreift und erst eine Stunde später das Haus des Gläubigers, so ist der Schuldner von der Haftung für den bei ihm erfolgten zufälligen Untergang der Sache befreit, wenn die Sache auch beim Gläubiger nicht gerettet worden wäre."

Der Grundgedanke, der dieser Erwägung bei Träger zu Grunde liegt, ist wohl der, daß der Unterschied, der dadurch bewirkt wird, daß die Sache sich noch in den Händen des Schuldners befindet, z. B. daß die Sache eine Stunde früher zu Grunde gegangen ist, juristisch irrelevant sei. Die Nichtleistung wäre also hier nach Träger „nur eine nichtentscheidende Bedingung des Erfolges, die den konkreten Erfolg für die juristische Würdigung nur wenig verändert".

[1]) Träger, a. a. O. S. 268; Oertmann, a. a. O. z. § 287, Anm. 3.

Allein es kann Träger nicht zugegeben werden, daß dieser Zeitunterschied unter allen Umständen so irrelevant und vor allem, daß dieser Zeitunterschied in allen Fällen so kurz sein müsse. Vielmehr kann der Zeitunterschied bei casus idem ebenso groß und relevant sein wie bei casus alius.

Dagegen scheint mir die von Oertmann gegebene Begründung, daß offenbar ein derartiges einheitliches Ereignis auch in seinen Wirkungen einheitlich betrachtet werden müsse, völlig abseits zu gehen, da es nicht auf die Entstehung des schädigenden Ereignisses, auch nicht auf den Beginn der Einwirkung, sondern nur auf den Zeitpunkt des Schadenseintritts ankommt.

Demnach sind beide Fälle völlig gleich zu behandeln und es ist an der Regel festzuhalten, daß der Schaden, der den Gegenstand auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen haben würde, nur dann relevant sein kann, wenn er früher als der wirklich eingetretene entstanden sein würde.

Unerheblich ist, ob das eine oder das andere schädigende Ereignis eher eingetreten ist; denn der Beginn der Kausalkette ist gleichgültig.

Daraus, daß das schädigende Ereignis, das die Sache bei rechtzeitiger Leistung betroffen haben würde, nicht mit dem wirklichen identisch zu sein braucht (weder casus idem noch casus), folgt eigentlich schon von selbst, daß auch der sich daraus ergebende Erfolg verschieden sein kann und trotzdem beide zu beachten sind. Auseinander zu halten ist dabei der nähere Erfolg, durch den die Leistung unmöglich geworden ist, d. h. Untergang oder Verschlechterung des Leistungsgegenstandes und der entfernter liegende

Erfolg, der Vermögensschaden. In Bezug auf den letzteren findet also, wenn beide verschieden hoch sind, eine Art Verrechnung statt, wobei der für den Schuldner günstigste Fall der ist, daß er keinen Ersatz zu leisten braucht. Der Umstand, daß das Gesetz von „dem" Schaden spricht, steht einer solchen Subtraktion nicht entgegen, da der Gebrauch des bestimmten Artikels hier bei der sonstigen Fassung des § wohl schwer vermeidlich war.

Was ferner die Frage nach der Identität des näheren Erfolges anlangt, so ergibt sich aus der oben getroffenen Entscheidung,

1) daß der eine Unmöglichkeit der Leistung begründende Tatbestand von anderer Art sein kann als der, welcher bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, z. B. Untergang des Leistungsgegenstandes gegenüber einer Beschädigung desselben,

2) daß sogar der Tatbestand, der im Falle rechtzeitiger Leistung den Schaden unmittelbar verursacht haben würde, überhaupt kein solcher zu sein braucht, der eine Unmöglichkeit der Leistung darstellen könnte. Wir sind oben z. B. davon ausgegangen, daß eine Preisminderung keine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 287 BGB. darstellen kann. Gleichwohl wird, wenn die geschuldete Leistung während des Verzuges durch zufällige Vernichtung des Leistungsgegenstandes unmöglich geworden ist, der Umstand, daß der Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung durch Preisminderung einen Schaden erlitten haben würde, geeignet sein, die den Schuldner nach § 287 Satz 2 BGB. treffende Ersatzpflicht herabzumindern. Der Schaden, der auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein

würde, braucht also weder durch Zufall — worauf schon früher hingewiesen worden ist — noch überhaupt durch einen eine Unmöglichkeit der Leistung begründenden Tatbestand hervorgerufen zu sein.

Streitig ist auch die Frage, welches Prinzip der Anordnung zu Grunde liegt, daß der Schuldner nicht haften solle, wenn der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre. Die herrschende[1]) und m. E. richtige Meinung sieht es in einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Denn wenn der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre, ist der Verzug keine conditio sine qua non des Schadens.

Hiergegen sind von zwei Seiten Angriffe erhoben worden.

Auf der einen Seite von Träger[2]), der darin eine Art compensatio lucri cum damno sieht.

Auf der anderen Seite von Meumann[3]), der behauptet, die Frage der Kausalität komme hier überhaupt nicht in Betracht. Denn daß zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten, d. h. der Nichtleistung und dem zu ersetzenden Schaden ein Kausalzusammenhang bestehe, sei weder unbedingt erforderlich noch ausreichend. „Es ist mir ganz unerfindlich, wie man auf den Gedanken hat kommen können, den Kausalzusammenhang zwischen dem Nachteil und einer Tat-

[1]) Vgl. Mot., Bd. 2, S. 64; Prot. z. 2. Lesung, Bd. 1, S. 327; Schollmeyer, a. a. O., Anm. z. § 287; Matthias, Bürgerl. Recht, Berlin 1899, Bd. 1; Enneccerus, a. a. O. § 235; Rehbein, Das Bürgerl. Gesetzb., Berlin 1903, S. 128, Nr. 119, Bd. 2.

[2]) Träger, a. a. O. S. 266, Anm. 1; vgl. dagegen Oertmann, Vorteilsausgleichung, Berlin 1901, S. 222.

[3]) Meumann, Proleg. z. einem Syst. des Vermögensr., in Leonhards Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 12, S. 92 ff.

sache, für welche eingestanden werden muß und auf welche der Nachteil zurückgeführt werden kann, um deswillen zu leugnen, weil es auch möglich ist, den Nachteil auf eine andere Tatsache zurückzuführen, oder gar, weil die Tatsache, welche den Nachteil herbeigeführt hat, zugleich die Wirkung einer anderen Tatsache ausgeschlossen hat, welche, wenn jene erste Tatsache nicht eingetreten wäre, den Nachteil ebenfalls herbeigeführt haben würde."

An Stelle des Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Schuldners und dem Schaden will Meumann folgendes Unterscheidungsmerkmal setzen: „Jede Pflichtnorm, die von der Rechtsordnung aufgestellt wird, hat den Zweck, Schaden zu verhüten. Wo daher auch bei Beobachtung der Pflichtnorm der Schaden entstanden sein würde, fällt der Zweck der Pflichtnorm fort und deshalb muß die Pflichtnorm mangels Zwecks selbst fallen." Daraus erkläre sich auch die Haftung des Schuldners während des Verzuges. Es sei nicht erforderlich, daß zwischen seinem Verhalten (Handeln oder Unterlassen) und dem Schaden Kausalzusammenhang bestehe; es genüge vielmehr, daß festgestellt werden könne, der Nachteil würde bei Beobachtung der Pflichtnorm, also ohne Verschulden, nicht eingetreten sein.

Allein was ist hiermit gewonnen? Es wird einfach die Nichtbeobachtung der Pflichtnorm zur conditio sine qua non erhoben. Die Kausalitätsfrage wird also nicht aus der Welt geschafft, sondern nur verschoben. Nicht das Nichtleisten, sondern der darin liegende Verstoß gegen den Zweck der Pflichtnorm, Schaden zu verhüten, soll die conditio darstellen. Versteckt

wird also auch hier in Wirklichkeit ein Kausalzusammenhang gefordert.

Gleichwohl wäre gegen eine solche Fassung nichts einzuwenden, wenn sie nicht völlig unbrauchbar wäre: Denn daß der eingetretene Schaden bei Beobachtung der Pflichtnorm, d. h. ohne Verschulden nicht eingetreten wäre, wird sich niemals nachweisen lassen. Denn wie ich schon oben ausgeführt habe, ist ein Verschulden niemals kausal, sondern nur das tatsächliche Verhalten, das dann als Schuld angerechnet wird. Wenn jemand nicht leistet, so ist es für die Entstehung eines Schadens völlig belanglos, ob das Nichtleisten verschuldet war, also Verzug vorlag, oder nicht.

Nimmt man nun aber an, daß der Gedanke einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs dem Gesetz zu Grunde liegt[1]), dann fragt es sich: Wie ist es, wenn der Schaden bei rechtzeitiger Leistung gleichzeitig mit dem, der wirklich eingetreten ist, eingetreten wäre?

Meines Erachtens haftet hier der Schuldner nicht[2]).

§ 11.

Welcher Wert und welcher Zeitpunkt ist nun der Berechnung des Schadens zu Grunde zu legen?

Geht man dabei davon aus, daß das Endziel der Berechnung sein soll, dem Gläubiger sein Interesse an der Leistung zu vergüten, so ist es jedenfalls unrichtig,

[1]) Vgl. auch R.-G. in Gruch. Beitr., Bd. 40, S. 99.

[2]) Vgl. hierzu Siehr, in Gruch. Beitr., Bd. 41, S. 54; Titze, Unmöglichkeit d. Leist. nach deutsch. bürgerl. Recht, Leipzig 1900, S. 127; Enneccerus, a. a. O. § 235, Anm. 7, S. 592.

ausschließlich vom allgemeinen Wert des Leistungsgegenstandes auszugehen. Vielmehr kommt es[1]) hier wie beim Schadensersatz überhaupt ausschließlich auf die Rückwirkung des schädigenden Ereignisses auf das Vermögen des Gläubigers an.

Nach der gemeinen Meinung[2]) beträgt nun der Wert der Leistung für das Vermögen des Gläubigers, der der Berechnung des Schadens im § 287, Satz 2 BGB. zu Grunde zu legen ist, mindestens den allgemeinen Sachwert zur Zeit des Verzugseintritts. Er erhöht sich aber um den Betrag, um den der Schuldgegenstand das Vermögen des Gläubigers infolge seiner späteren Wertsteigerung oder durch günstigen Weiterverkauf vermehrt hätte. Eine Wertminderung dagegen kann von dem Sachwert zur Zeit des Verzuges als ein Schaden, der auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, in Abzug gebracht werden, sofern nicht der Gläubiger selbst diesen Zeitpunkt des geringeren Wertes seiner Berechnung zu Grunde legt. Der Zeitpunkt, der der Wertberechnung zu Grunde gelegt wird, ist also nicht notwendig der des Verzugseintritts, vielmehr kann auch jeder spätere Zeitpunkt bis zum Urteil in Betracht kommen, mit der Wirkung, daß der Wert zu Grunde gelegt wird, den der Gegenstand in diesem Augenblick bei rechtzeitiger Leistung gehabt hätte[3]). Der Gläubiger kann also seiner Berechnung den ihm günstigsten Zeitpunkt zu Grunde legen und

[1]) Vgl. Endemann, Recht der Schuldverh., 9. Aufl., Bd. 1, S. 784.

[2]) Vgl. Mot., Bd. 2, S. 64; Endemann, a. a. O. S. 784; Matthias, a. a. O. S. 327; Paech, a. a. O. S. 148; Rehbein, a. a. O. Anmerkungen z. §§ 241—92, Nr. 121, S. 130.

[3]) Mot., Bd. 2, S. 740, z. BGB. § 848.

zwar auch dann, wenn z. B. der Wert des untergegangenen Gegenstandes anfangs gestiegen, dann aber noch unter den Wert zur Zeit des Verzugseintritts gefallen ist. Das BGB. hat also im Gegensatz zum Entwurf I (§ 240, Abs. 2) und dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 686, 744), die Zeit und Ort, wo der Schuldner zu leisten hatte, für regelmäßig entscheidend erklärten, diese Frage mit Recht offen gelassen. Sie unterliegt daher dem freien richterlichen Ermessen. Der Gläubiger kann den Wert, welchen die zu leistende Sache in jedem beliebigen Zeitpunkt des Verzuges hatte, fordern, sofern er ihn bei rechtzeitiger Leistung nach Ansicht des Prozeßgerichts realisiert haben würde.

Nach meiner Überzeugung erleidet jedoch dieses Wahlrecht, das die gemeine Meinung dem Gläubiger gibt, im § 287 Satz 2 BGB. eine Einschränkung.

Der Schuldner soll den Schaden ersetzen, der aus der Unmöglichkeit der Leistung entstanden ist. Von welchem Zeitpunkt an kann ein solcher Schaden entstehen? Frühestens vom Eintritt der Unmöglichkeit an, nicht aber schon vom Beginn des Verzuges an. Denn sonst würde der Schaden möglicherweise schon vor der Unmöglichkeit eintreten, die ihn verursachen soll. Wenn also ein Gegenstand vom Eintritt des Verzuges an dauernd im Preise sinkt und dann durch Zufall schließlich untergeht, so kann als der Wert, welcher der Berechnung des aus der Unmöglichkeit entstandenen Schadens zu Grunde zu legen ist, frühestens der zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit gewählt werden. Der in diesem Fall durch das Sinken der Preise — vorausgesetzt, daß der Gläubiger

bei rechtzeitiger Leistung sofort verkauft haben würde — entstandene Schaden kann aus § 287 Satz 2 BGB. überhaupt nicht verlangt werden, sondern nur aus § 286 BGB.

Wollte man hiergegen einwenden, daß sich diese meine abweichende Ansicht daraus erkläre, daß ich die dem Untergang vorausgegangene Preisminderung nicht als einen Unmöglichkeit der Leistung begründenden Zufall ansehe, so setze ich dem folgenden Fall entgegen: Der Gläubiger hat zur Zeit des Verzugseintritts eine besonders günstige Verkaufsgelegenheit über den objektiven Wert hinaus. Der Schuldner gerät in Verzug und die Sache geht unter.

Da nun die herrschende Meinung den subjektiven Wert, d. h. den, welchen die Sache für den Gläubiger hat, zu Grunde legt, würde sie in diesem Beispiel dem Schuldner das Recht zubilligen müssen, auch den aus der entzogenen Verkaufsmöglichkeit entstandenen Schaden aus § 287 Satz 2 BGB. ersetzt zu verlangen, obwohl hier gewiß keine objektive Preisminderung vorlag.

Wäre die Gegenansicht richtig, so könnte man den § 287 Satz 2 BGB. nur so auffassen, daß jeder aus dem Verzug entstandene Schaden zu ersetzen sei, selbst wenn er zum Teil aus einer zum Verzug hinzutretenden Unmöglichkeit der Leistung herrühre.

Eine solche Auffassung ist aber schon nach dem Sinn des Gesetzes unrichtig. Denn nunmehr müßte man fragen: Bezieht sich die Einschränkung des zweiten Teils des Satz 2 nur auf den aus der Unmöglichkeit oder auf den gesamten aus dem Verzug entstandenen Schaden? Das Letztere dürfte kaum jemand

behaupten; und das Erstere anzunehmen, wäre mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

Es kommt eben in § 287 Satz 2 BGB. analog § 280 BGB. von vornherein nur der Schaden in Frage, der dadurch entsteht, daß infolge der Unmöglichkeit nicht geleistet wird (vgl. § 280 BGB.), nicht schon der, der aus der nicht rechtzeitigen Leistung entstanden ist.

Dagegen finden die früher entwickelten Regeln auch nach meiner Ansicht insoweit Anwendung, als vom Gläubiger nicht notwendig der Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit, sondern jeder beliebige nachfolgende Zeitpunkt bis zum Urteil gewählt werden kann. Nur darf der Gläubiger, wenn die Sache auch bei ihm von einem Unfall betroffen worden wäre, er aber den Schaden durch Verkauf von sich abgewandt haben würde, und deshalb der Schuldner zum Ersatz verpflichtet ist, nicht mehr den vielleicht höheren Wert eines Zeitpunktes zu Grunde legen, der später liegt, als der Zeitpunkt des gedachten Zufalls. Denn er würde ja die Sache in diesem Zeitpunkt nicht mehr gehabt haben, da angenommen wird, er würde sie bereits früher zum Zwecke der Schadensabwendung verkauft haben. Demnach wäre der Wert dieses späteren Zeitpunktes für ihn ohne Interesse[1]).

§ 12.

Das Prinzip, das nach diesen Ausführungen dem § 287 Satz 2 BGB. zu Grunde liegt, läßt sich also

[1]) Vgl. Meumann (Ernst), Der Verzug des Schuldners, Dissert., Erlangen 1898, S. 41.

ganz allgemein dahin bestimmen, daß der Schaden zu ersetzen ist, der aus der durch die Unmöglichkeit der Leistung bewirkten Nichterfüllung entstanden ist, aber auch dieser nur insoweit, als er bei rechtzeitiger Leistung nicht entstanden wäre.

Nun bestimmt § 286 BGB., daß der durch den Verzug entstehende Schaden zu ersetzen sei.

Dadurch erhebt sich ganz von selbst die Frage: Ist das Prinzip beider §§ dasselbe, und falls dies bejaht wird, welche Bedeutung hat dann noch § 287 neben § 286 BGB.? Enthält der § 287 eine Einschränkung oder kann im Gegenteil der Gläubiger auf Grund des § 287 einen Schadensersatz verlangen, den er auf Grund des § 286 nicht erlangen könnte?

Die Mehrzahl der Schriftsteller sieht in dem § 287 nur eine Anwendung des im vorhergehenden § ausgesprochenen Prinzips: Wenn der Schuldner jeden durch den Verzug entstandenen Schaden ersetzen solle, so könne es auf Verschuldung nicht mehr ankommen. Kausalzusammenhang zwischen Nichtleistung und Schaden sei nötig, nichts mehr und nichts weniger. Und zwar seien an den Kausalzusammenhang in beiden §§ die gleichen Anforderungen zu stellen. Daß der Schuldner im § 287 BGB. Fahrlässigkeit und sogar Zufall zu vertreten habe, sei eigentlich nur eine selbstverständliche Folge des vorher ausgesprochenen Prinzips.

Stellt man sich auf diesen Standpunkt — daß er unrichtig ist, wird bald nachgewiesen werden — so ist zu fragen: Wenn diese Folgen so selbstverständlich sind, welchem Zweck dient dann der § 287 BGB.?

Die Antwort gibt am klarsten Enneccerus[1]), der die Bedeutung des § 287 gegenüber § 286 lediglich darin sieht, daß hier eine Vermutung für das Vorhandensein des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Verzug aufgestellt werde: „Es wird bis zum Gegenbeweis vermutet, daß der während des Verzuges entstandene Schaden durch den Verzug verursacht sei."

Prüft man diesen Gedankengang, so erhebt sich zunächst die Frage: Welche Tatsachen müssen vorhanden sein, damit der zwischen Verzug und Schaden erforderliche und angeblich gleiche Kausalzusammenhang gewahrt sei? Ein Hilfsmittel für die Beantwortung bietet § 287 Satz 2 BGB. Darnach wäre nur erforderlich, daß der Verzug conditio sine qua non wäre, ohne jede weitere Einschränkung. Dasselbe würde für § 286 gelten müssen. Demnach wäre aber der Gläubiger in dem von Träger angeführten Beispiel ersatzpflichtig. Das Resultat zeigt die Unrichtigkeit dieser Ansicht.

Es bleibt einer späteren Erörterung vorbehalten, zu prüfen, ob der § 287 überhaupt eine derartige Vermutung aufstellt.

Soviel ist jedenfalls sicher, daß eine solche Auslegung höchstens die Bedeutung des § 287 Satz 2 zu erklären vermag, nicht aber die des Satz 1. Hier ist das Erfordernis des Kausalszusammenhanges mit keinem Wort erwähnt. Man kann nun den Satz 1 des § 287 nach seinem Wortlaut in doppelter Weise auslegen:

1) Der Schuldner hat jeden Schaden zu ersetzen, der durch sein fahrlässiges Verhalten dem Leistungs-

[1]) Enneccerus, a. a. O. § 276.

gegenstand gegenüber entstanden ist. Da eine solche fahrlässige Einwirkung sowohl vor wie nach der Leistung denkbar ist, so ist hier die Nichtleistung überhaupt nicht eine logische Bedingung des zu ersetzenden Schadens. Der Schaden braucht also nicht durch den Verzug entstanden zu sein, sondern nur während des Verzuges.

2) Der Schuldner hat analog den §§ 280 und 287 Satz 2 BGB. jeden Schaden zu ersetzen, der aus einer verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung entsteht. Allerdings ist hier, da eine Unmöglichkeit der Leistung nur denkbar ist, so lange nicht geleistet ist, die Nichtleistung conditio sine qua non des Schadens.

Legt man wie Enneccerus die zu 2) genannte Ansicht zu Grunde, dann bleibt immer noch die Frage nach der Bedeutung des Satz 1 des § 287 neben § 286 BGB. offen. Denn im Satz 1 ist jedenfalls von einer Beweisvermutung keine Rede. Im übrigen ist aber diese Auffassung des Satz 1 unrichtig. Denn es würde danach nur der Schaden zu ersetzen sein, der vom Zeitpunkt der Unmöglichkeit der Leistung an entstanden ist, nicht auch derjenige, der vor diesem Zeitpunkt aber während des Verzuges entstanden ist.

Dies aber würde, wie jedes beliebige Beispiel zeigt, zu widersinnigen Konsequenzen führen.

Anders dagegen, wenn man, wie ich es tue, den Satz 1 des § 287 BGB. in dem unter 1) gegebenen Sinne auffaßt. Und überdies erklärt es sich dann auch, weshalb der Gesetzgeber dem Schuldner hier nicht eine dem Satz 2 analoge Beschränkung seiner Haftung für den Fall gewährt hat, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Es

erklärt sich dies nämlich daraus, daß im Satz 1, wie oben ausgeführt, der Verzug gar nicht die conditio sine qua non des Schadens ist[1]).

Muß man aber annehmen, daß im Satz 1 wirklich eine Haftung auch für nicht durch den Verzug entstandene Schaden vorgesehen ist, so muß es höchst sonderbar erscheinen, daß dann zwei so verschiedenartige Elemente in einen § zusammengepreßt sein sollten. Im Satz 1 ein völlig neuer Satz und im Satz 2 eine bloße sich auf den vorhergehenden § beziehende Vermutung.

In Wirklichkeit ist aber auch der Satz 2 nicht eine bloße Wiederholung des in § 286 BGB. ausgesprochenen Prinzips.

Richtig ist es vielmehr[2]), davon auszugehen, daß auf Grund des § 286 Abs. 1, der im wesentlichen dem § 280 Abs. 1 BGB. entspricht, Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 249—54 BGB. verlangt werden kann. Hinsichtlich des dort geforderten Kausalzusammenhanges ist man sich nun jedenfalls darüber einig, daß die einfache conditio sine qua non hier noch nicht ausreichend ist, um einen Kausalzusammenhang zu begründen. Vielmehr muß hierzu die conditio eine solche sein, daß die schädlichen Folgen sich nach den Anschauungen des Lebens vernünftiger Weise noch daraus herleiten lassen.

Ob man sich dabei auf den Boden der adaequaten oder der individualisierenden Kausaltheorien zu stellen

---

[1]) Vgl. Bendix, Das Dtsch. Bürgerl. R., 2. Aufl., S. 280.

[2]) So auch Rümelin, Im Archiv f. d. zivil. Prax., Bd. 90, S. 274; Oertmann, a. a. O. z. § 287, Anm. a.; Träger, a. a. O. S. 224 u. 261 ff.; Staudinger, a. a. O. Anm. zu § 286.

hat, kann hier nicht untersucht werden und ist auch für unsere Zwecke belanglos. So viel steht jedenfalls fest, daß im § 287 Satz 2 BGB. jede conditio sine qua non ohne Einschränkung zur Begründung des Kausalzusammenhangs genügt. Denn es ist nur nötig, daß der Schaden bei rechtzeitiger Leistung nicht entstanden wäre.

Der geforderte Kausalzusammenhang ist also in beiden §§ nicht derselbe. Der Schuldner haftet in § 287 über § 286 hinaus, auch für einen Vermögensverlust, der im bloßen Bedingungsverhältnis mit dem Verzuge steht, im Sinne der adaequaten Theorien, also auch für inadaequate Folgen[1]).

Es ist nun von Träger behauptet worden, der Umstand, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre, schließe eine Ersatzpflicht nur dort aus, wo es sich um zufällige und zwar inadaequate Folgen handele. Nicht aber auch bei den schuldhaft herbeigeführten und den zufälligen, aber adaequaten Folgen der Haftung begründenden Tatsache.

Träger[2]) unterscheidet also, wie aus der bei ihm auf Seite 167 abgebildeten Figur hervorgeht, zwischen verschuldeten, adaequaten und nicht-adaequaten Folgen. Nur die letzteren fallen nach Träger unter § 287 Satz 2 BGB. Er faßt also Zufall in objektivem Sinne, d. h. als einen von niemanden zu vertretenden Umstand. Meiner Meinung nach mit Unrecht.

[1]) Vgl. Enneccerus, a. a. O. § 235, gegen Rümelin, Zivil. Arch., Bd. 20, a. a. O.; Träger, a. a. O. S. 224; Oertmann, a. a. O. z. § 249, Vorbem., und Rumpf, i. d. Dogmat. Jahrb., Bd. 49, S. 333.

[2]) Träger, a. a. O. S. 265.

Zufall ist vielmehr hier im Gegensatz zum Verschulden des Schuldners gebraucht, bedeutet also alles, was nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schuldners beruht. Für diese Auffassung spricht der Umstand, daß § 287 Satz 2 BGB. dem Schuldner gegenüber auch dann gilt, wenn die Sache durch Verschulden eines Dritten untergegangen ist. Die Einschränkung des zweiten Teils des § 287 Satz 2 BGB. muß also auch für diese Fälle gelten. Dagegen kann dem Schuldner, der fahrlässig handelt, diese Einschränkung nicht zugute kommen. Aber aus einem anderen Grunde als dem von Träger angeführten: Nämlich deshalb nicht, weil es, wie oben ausgeführt, hier auf den Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verzug überhaupt nicht ankommt[1]).

Fassen wir demnach das Resultat dieses Vergleichs des § 286 mit § 287 Satz 2 BGB. zusammen, so ergibt sich: Der Gläubiger kann auf Grund des § 287 einen Schadensersatz erlangen, den er aus § 286 niemals erlangen könnte, d. h. insbesondere auch für nur in inadaequatem Kausalzusammenhang stehende Schädigungen. Der § 287 Satz 2 BGB. ist also nicht lediglich der Ausdruck des in § 286 ausgesprochenen Prinzips.

Der Gläubiger, der Schadenersatz fordert, wird sich also, wenn es sich um inadaequaten Kausalzusammenhang handelt, nicht einfach auf § 286 berufen können, sondern, falls die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, auf § 287 Satz 2 BGB. berufen müssen.

[1]) Vgl. Bendix, a. a. O. S. 280.

2) Die Verteilung der Beweislast in § 287 S. 2 BGB.

§ 13.

Wie oben ausgeführt ist, haftet der Schuldner im Falle des § 287 S. 2 BGB. nur dann, wenn seine Nichtleistung conditio sine qua non für den Vermögensverlust des Gläubigers gewesen ist.

Allein, damit ist noch nicht gesagt, daß der Gläubiger als Kläger dieses Bedingungsverhältnis zu behaupten und bei Ungewißheit zu beweisen hat: „Die Zumutung[1]) an den Kläger, die sämtlichen positiven und negativen Prämissen der Existenz seines Anspruchs im Momente der Verurteilung darzulegen, ist unmöglich und mehr als das Postulat einer probatio diabolica."

So hat man auch im vorliegenden Falle den Kläger von dem Nachweis befreien wollen, daß der Schaden bei rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten sein würde, und den Beweis des Gegenteils dem Schuldner auferlegt.

Dazu würde, wie oben ausgeführt und wie auch die herrschende Meinung annimmt, der Nachweis gehören, daß der Leistungsgegenstand auch bei rechtzeitiger Leistung, und zwar früher, beschädigt worden wäre, und daß der Gläubiger nicht solche Vorkehrungen getroffen haben würde, durch die er ein solches Ereignis für sich unschädlich gemacht hätte.

[1]) Wach, In der Zeitschr. f. Dtsch. Ziv.-Proz., Bd. 29, Jahrg. 1901, S. 365.

Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung[1]).

Als Grund wird in erster Reihe die Haltung der Motive zum BGB. angeführt. Ferner die Fassung des Gesetzes selbst, durch die der Gesetzgeber eine positive Regelung der Beweislast vorgenommen habe.

Die Gründe, durch die man eine derartige angeblich positivrechtliche Regelung zu rechtfertigen sucht, sind wiederum verschieden.

Die einen sehen das dem § 287 Satz 2 BGB. zu Grunde liegende Prinzip darin, daß der Schuldner jeden während des Verzuges durch Unmöglichkeit entstandenen Schaden zu ersetzen habe: sie bringen also das Prinzip nicht in Verbindung mit dem des § 286 BGB und erklären demnach die Beweispflicht des Schuldners daraus, daß es sich hier um eine zu seinen Gunsten gemachte Ausnahme vom allgemeinen Prinzip handele[2]).

Die anderen dagegen gehen davon aus, daß das dem § 287 BGB. zu Grunde liegende Prinzip Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verzug fordere.

[1]) Endemann, a. a. O. § 138, 5 a. E.; Schollmeyer, a. a. O. z. § 287, Anm. 2 b.; Matthias, a. a. O. § 80; Landsberg, Das Recht des BGB., Berlin 1904, S. 345; Träger, a. a. O. S. 267; Goldmann-Lilienthal, Kom. z. BGB., II. Aufl., S. 345; Enneccerus, a. a. O., § 276; Wolff, Kom. z. BGB., Halle 1908, z. § 287, Anm.; Fischer-Henle, a. a. O. Anm. 4 z. § 287; Bendix, a. a. O. S. 280; Windscheid, a. a. O. § 280, Anm. 3 z. BGB.; Staudinger, a. a. O. z. § 287; Planck, Kom. z. BGB., III. Aufl., § 287, Anm. 2; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 2, § 72, II. 2; Paech, a. a. O. S. 145; Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und Pr. ALR., Berlin 1900, S. 140; Titze, a. a. O. S. 113; Müller u. Meickel, a. a. O. S. 269; Eck, a. a. O. § 56, 3 b.; Rehbein, a. a. O. Anm. 119, z. §§ 241 – 92.

[2]) Vgl. Matthias, a. a. O. S. 238; Landsberg, a. a. O. S. 345; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 344 ff. u. a. m.

Daß der Schuldner gleichwohl für das Fehlen des Kausalzusammenhanges die Beweislast habe, erkläre sich daraus, daß für das Vorhandensein desselben eine gesetzliche Vermutung spreche. Diese Vermutung aber hat nach Enneccerus[1]) ihren Grund „in der Schädigung, die der Gläubiger erleiden würde, wollte man seinen Ersatzanspruch von dem schwierigen Beweis des Kausalzusammenhanges abhängig machen."

Welche Anforderungen man an die Schlüssigkeit des Beweises zu stellen habe, ist dabei streitig; während nach Endemann[2]) „schon die Möglichkeit, daß der Gläubiger die Sache vorher veräußert oder an einen anderen Ort gebracht und damit dem Zufall entzogen hätte", genügt, um den Einwand des Schuldners seiner Kraft zu berauben, fordert Matthias[3]) in dieser Beziehung zu Gunsten des Schuldners vom Gläubiger den Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit der Schadensabwendung.

Ihnen steht eine kleine Anzahl von Schriftstellern gegenüber, die zwar vom Schuldner den Nachweis verlangen, daß der Schaden bei rechtzeitiger Leistung ebenfalls entstanden sein würde, die diesen Beweis jedoch schon dadurch für geführt erachten, daß nachgewiesen wird, der Gegenstand würde auch bei rechtzeitiger Leistung untergegangen sein. Der Umstand, daß der Gläubiger den Schaden aus einem solchen Zufall durch seine Disposition von sich abgewandt haben würde, soll dagegen nach ihrer Ansicht Gegen-

---

[1]) Beckh, Die Beweislast nach d. BGB., München 1899, S. 233; Enneccerus, a. a. O. zu § 266, Anm. 4.

[2]) Endemann, a. a. O. § 139, Anm. 20.

[3]) Matthias, a. a. O. § 80, B. 2.

stand eines vom Gläubiger zu erbringenden Gegenbeweises sein.

So Kuhlenbeck[1]), mit der Begründung, daß die Motive zwar sich anders aussprächen, ihre Ansicht jedoch im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt sei und sie außerdem der allgemeinen Beweisregel: probatio in cumbit ei qui dicit, non qui negat widersprechen würde.

Ähnlich auch Meissner[2]): „Die Auffassung der Motive hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Sie ist um so weniger für maßgebend zu erachten, als die Vorschrift des § 251 des Entwurfs im jetzigen § 287 BGB. abgeändert ist. Das Gesetz (§ 287) verlangt vom Schuldner zur Abwendung seiner Haftung für Zufall nur ganz allgemein den Nachweis, daß der Schaden infolge desselben oder eines anderen Zufalls die Sache — ebenso wie im ALR. — auch im Besitz des Gläubigers getroffen haben würde. Denn es ist der Natur der Verhältnisse gemäß davon auszugehen, daß der Gläubiger der Regel nach im Besitz verblieben wäre. Der Gläubiger kann aber gegenüber der Einrede des Schuldners dartun, daß der Zufall doch für ihn schädlich gewesen ist, da er sofort bezw. alsbald veräußert hätte. Letzteres wird vielfach auch ohne besonderen Beweis den Umständen zufolge insbesondere für den kaufmännischen Verkehr anzunehmen sein (vgl. ZPO. §§ 286 u. 287)“[3]).

[1]) Kuhlenbeck, D. Bürgerl. Gesetzb., II. Aufl., Anm. z. § 287.

[2]) Meissner, Recht d. Schuldverh., Breslau 1899, Anm. 2 z. § 287.

[3]) So auch Rudolf Leonhard, Anm. z. Eck, a. a. O. S. 281.

Aus der jüngsten Zeit ist dieser Ansicht im Gegensatz zu den früheren Auflagen auch Staudinger[1]) beigetreten. Er ist der Meinung, „daß die Gegenansicht vom Schuldner Unmögliches verlangt. Der wörtlichen Fassung des § 287 Satz 2 zufolge genügt es, wenn der Schuldner beweist, daß der Zufall auch beim Gläubiger eingetreten sein würde. Die Behauptung des Gläubigers, er würde ihn durch rechtzeitige Veräußerung für sich unschädlich gemacht haben, stellt sich als eine Beweisreplik dar, für die der Gläubiger beweispflichtig ist. Jedenfalls ist aus praktischen Gründen ein solcher Beweis dem Gläubiger eher zuzumuten als dem Schuldner. Auch das durch § 287 ZPO. dem Richter bei Schadensersatzverbindlichkeiten zustehende freie Ermessen ist in dem hier vertretenen Sinne zu verwerten."

Einen mittleren Standpunkt nimmt in dieser Frage Oertmann ein[2]).

Nach ihm ist „ein allgemeiner Beweissatz gegenüber § 287 ZPO. überhaupt nicht nötig, auch angesichts der Verschiedenheit der Fälle kaum möglich. Denn dort, wo es sich um einen für den Privatgebrauch des Gläubigers und seinem Zwecke nach nicht inzwischen konsumierten Gegenstand handelt, wird dem Schuldner ein weiterer Beweis nicht auferlegt werden können, wohl aber da, wo das eine oder andere Moment nicht zutrifft. Ob es aber zutrifft, dafür wird allerdings der Schuldner, weil nach dem Texte beweispflichtig, dem Richter nötigenfalls die tatsächlichen Unterlagen erbringen müssen."

[1]) Staudinger, a. a. O. z. § 287, Satz 2 Anm. b.
[2]) Oertmann, a. a. O. Anm. z. § 287.

Einen hiervon völlig abweichenden Standpunkt nimmt Franz Leonhard[1]) ein. Er geht davon aus, daß auch im § 287 BGB. nur der Schaden zu ersetzen sei, der mit der Nichtleistung im Kausalzusammenhang stehe. Deshalb müsse auch der Gläubiger, wenn die Sache nachher beim Schuldner untergegangen sei, beweisen, daß dies im Falle rechtzeitiger Leistung nicht geschehen wäre. Das Richtige der gegenteiligen Ansicht stecke nur in der Beweisführung. „Nicht nur ist das Beweisthema negativ, sondern es ist vor allem zu berücksichtigen, daß der Beklagte durch sein Verschulden die ganze Ungewißheit verursacht hat und daher nach Billigkeit verbunden ist, beim Beweis mitzuwirken. Festzuhalten ist aber, daß die eigentliche Beweislast, also der Schaden der Ungewißheit, immer beim Kläger bleibt."

§ 14.

Tritt man nun in eine Prüfung dieser verschiedenen Ansichten ein, so ergibt sich zunächst die Unrichtigkeit der Ansicht, die dem Schuldner nur den Beweis auferlegen will, daß der Leistungsgegenstand auch beim Gläubiger durch einen Zufall untergegangen oder verschlechtert worden wäre.

Dann wird damit dem Wortlaut des Gesetzes nicht genügt. Sodann aber ist es auch, wie ich schon oben ausgeführt habe, garnicht nötig, daß der Gegenstand bei rechtzeitiger Leistung untergegangen oder beschädigt worden wäre, sodaß dadurch im Falle einer Leistungspflicht eine Leistungsunmöglichkeit be-

[1]) Leonhard, Franz, Beweislast, Berlin 1904, S. 366.

gründet werden würde. Auf die Verletzung des Gegenstandes kommt es garnicht an, sondern nur auf die des Gläubigers, d. h. darauf, daß eine gleiche Vermögensminderung auf seiten des Gläubigers eingetreten wäre. Legt man aber dem Schuldner einen Beweis auf, so muß es auch der sein, auf den es ankommt.

Eine solche Divergenz des erbrachten und zu erbringenden Beweises kann auch die Leonhardsche Bemerkung, daß juristische Beweise keine mathematischen seien, nicht rechtfertigen.

Diesen Zwiespalt scheint auch Meissner empfunden zu haben. Denn er sucht ihn damit zu überbrücken, daß er es als den Regelfall hinstellt, daß der Gläubiger die zu leistende Sache für sich behalten haben würde, also auch den Schaden erlitten hätte.

Allein diese Unterstellung ist völlig willkürlich und unberechtigt, da sie den tatsächlichen Lebensverhältnissen nur allzu häufig widersprechen würde.

Auch das Argument, daß ein umfassenderer Beweis für den Schuldner unmöglich sei, kann, selbst wenn es sich so verhielte, nicht in die Wagschale fallen. Denn der Satz, daß eine Tatsache, die zu beweisen unmöglich sei, bereits als bewiesen zu gelten habe, oder vom Gegner widerlegt werden müsse, existiert nicht. Überdies muß man die Frage aufwerfen, weshalb es denn dem Schuldner unmöglich sei, zu beweisen, daß der Gläubiger den Schaden nicht von sich abgewandt haben würde. Man hat gewöhnlich hierbei nur den Fall des Verkaufs im Auge und behauptet, da die objektive Möglichkeit eines Verkaufs fast immer vorliege, müsse die Unmöglichkeit desselben im Einzelfall bewiesen werden. Das ist aber garnicht der Fall.

Es braucht gar nicht bewiesen zu werden, daß der Gläubiger nicht verkauft haben könnte, sondern nur, daß er nicht verkauft haben würde. Außerdem ist aber doch immer daran fest zu halten, daß auch Verleihung, Unterbringung an einen anderen Ort, Verpfändung und Versicherung in Frage kommen.

Aber auch der Beweis, daß der Gläubiger nicht verkauft haben würde, wird für unmöglich erklärt. Wie es scheint, auf Grund des alten Satzes, daß der Beweis einer Negative unmöglich sei.

Es kann hier nicht auf die Geschichte dieses Satzes und den Beweis seiner Unrichtigkeit eingegangen werden[1]). Für uns wird es genügen, festzustellen, daß es sich in den für uns in Betracht kommenden Fällen garnicht um eine echte Negative handelt, sondern nur um eine scheinbare[2]).

Man muß nämlich hier unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Negative mehrere Behauptungen konträr gegenüberstehen können oder nur eine einzige im kontradiktorischen Gegensatz. Nur die ersteren sind reine Verneinungen, da nur hier hinsichtlich des Gegenteils des Gesagten mehrere Möglichkeiten bestehen, eine positive bestimmte Behauptung sich also nicht aufstellen läßt.

Wenn nun behauptet wird, daß der Gläubiger den Schaden nicht von sich abgewandt haben würde, so wird behauptet, daß er einen Schaden erlitten haben würde. Also läßt sich die vermeintliche Negative

[1]) Vgl. Kress, Zur Lehre von der Beweislast, Würzburg 1899, S. 31 ff. u. a. m.

[2]) Vgl. Leonhard, a. a. O. S. 54 ff. und die dort Genannten.

sehr schnell in die entsprechende Positive verwandeln. Und damit zeigt sich, daß die Voraussetzungen des oben angeführten Satzes in unserem Falle garnicht gegeben sind.

Wie dem aber auch sein möge, jedenfalls ist diese Ansicht mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar.

Sucht man nun aus allgemeinen Grundsätzen einen Standpunkt zu gewinnen, so wird man sich zunächst über das Wesen der Beweislast an sich klar werden müssen.

Schon oben sind wir davon ausgegangen, daß darunter die Gefahr des Prozeßverlustes für eine Partei zu verstehen ist, wenn eine bestimmte erhebliche und ungewisse Tatsache nicht bewiesen wird.

Erheblich ist aber eine Tatsache nur dann, wenn sie zum Klaggrund gehört oder Einrede oder Repliktatsache etc. ist.

Alles, was Klaggrund ist, muß vom Kläger zur Begründung seiner Klage im Prozeß angeführt werden. Mit anderen Worten: Den Kläger trifft die Behauptungslast der zum Klaggrund gehörenden Tatsachen. Daraus ergibt sich, daß der Kreis der Tatsachen, die von einer Partei zu behaupten, und der derjenigen Tatsachen, die von ihr zu beweisen sind, derselbe ist. Nur das Erfordernis der Ungewißheit dieser Tatsachen tritt bei der Frage nach der Beweislast hinzu. Da nun im Prozeß die Frage der Beweislast immer erst zeitlich sekundär in die Erscheinung tritt, so kann man geradezu behaupten: Die Frage der Beweislast ist identisch mit der der Behauptungslast und erledigt sich im Prozeß durch die Beantwortung der ersteren.

Das ist der Inhalt des alten Satzes: ei incumbit probatio qui dicit non qui negat. Der Grund, weshalb man immer nur nach der Beweislast fragt, ist der, daß die Behauptungslast praktisch niemals als solche erscheint, vielmehr nur die letztere von den Parteien als solche empfunden wird.

Wenden wir diese Grundsätze auf den Tatbestand des § 287 Satz 2 BGB. an, so läßt sich die Frage nach der Beweislast des Schuldners am besten in der Weise lösen, daß man fragt: Was hat der Gläubiger zu behaupten, wenn der Tatbestand des § 287 Satz 2 BGB. gegeben ist? Unmittelbar daraus ergibt sich dann, daß alle anderen Tatsachen nicht mehr zum Klaggrunde gehören, also, so weit sie nicht etwa sich als Repliken darstellen, vom Schuldner zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen sind.

Sieht man aber zu, was der Gläubiger, der aus § 287 Satz 2 BGB. klagt, behaupten muß, so ergibt sich Folgendes:

Er muß zunächst die Voraussetzungen des Verzuges dartun, d. h. Fälligkeit der Leistung und eventuelle Mahnung behaupten; außerdem braucht er nur noch darzutun, daß die Leistung während des Verzuges unmöglich geworden und ihm daraus ein Schaden entstanden sei[1]). Diese Behauptungen des Gläubigers reichen zur Begründung seiner Klage aus. Es ist nicht nötig, daß er die Unmöglichkeit auf einen Zufall zurückführt. Der § 287 Satz 2 BGB. entspricht also völlig dem § 280 BGB. Wie dort der Gläubiger nicht darzutun braucht, daß den Schuldner an der Unmög-

[1]) Beckh, a. a. O. S. 233.

lichkeit ein Verschulden trifft, so braucht er auch hier sich nicht darauf zu berufen, daß die Leistung „gerade durch Zufall“ unmöglich geworden sei. Andererseits wird er hier wie dort behaupten und beweisen müssen, daß er durch die aus der Unmöglichkeit folgende Nichterfüllung einen Schaden erlitten hat. Er muß also den Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und Vermögensminderung dartun. Dazu gehört in erster Linie, daß die Nichtleistung die conditio sine qua non des Schadens ist. Das heißt aber keineswegs, daß der Schaden bei rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten wäre, sondern nur, daß er bei Leistung im Momente der Unmöglichkeit nicht entstanden wäre. Denn ersetzt wird hier der Schaden, der aus der völligen oder teilweisen Nichtleistung in Ansehung des Gegenstandes entstanden ist, im § 286 BGB. dagegen der aus der Nichtleistung in Ansehung der Zeit.

Demnach gehören alle übrigen Tatsachen nicht zum Klaggrunde.

Der Schuldner muß also beweisen, daß Unmöglichkeit der Leistung auf einen Zufall zurückzuführen ist, und daß der daraus entstandene Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre.

Da nun ein Schaden immer die Beziehung zu einer bestimmten Person, in unserem Fall dem Gläubiger, voraussetzt, so ergibt sich, daß der Schuldner zu beweisen hat, daß gerade der Gläubiger eine Vermögensminderung auch bei rechtzeitiger Leistung erlitten hätte.

Dazu gehört dann untrennbar, wie wir oben gesehen haben, gegebenenfalls auch der Nachweis, daß der Gläubiger den Schaden nicht von sich abgewandt haben würde, z. B. durch Verkauf etc.

§ 15.

Bisher ist nur erörtert worden, wie sich die Beweislast hinsichtlich der Frage verteilt, ob eine Schadensersatzpflicht besteht.

Es soll noch untersucht werden, wie die Beweislast sich bei der Schadensberechnung verteilt, insbesondere ob sich je nach dem Zeitpunkt, den der Gläubiger zu Grunde legt, seine Beweislast ändert.

Wir sind oben zu dem Resultat gekommen, daß der Gläubiger jeden Zeitpunkt zwischen Eintritt der Unmöglichkeit und Urteil wählen kann.

Legt nun der Gläubiger den Wert des Zeitpunktes des Eintritts der Unmöglichkeit zu Grunde, so braucht er nicht auch zu beweisen, daß er diesen Wert bei rechtzeitiger Leistung realisiert haben würde. Vielmehr hätte das Gegenteil der Schuldner zu beweisen. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Zeitpunkts des Urteils.

Diese Sätze sind in der Literatur, so weit überhaupt dem Schuldner eine Beweislast auferlegt wird, unbestritten.

Dagegen fragt es sich, ob es sich hinsichtlich der dazwischen liegenden Zeitpunkte ebenso verhält, insbesondere ob der Gläubiger hier ohne weiteres den ihm günstigsten Zeitpunkt wählen kann.

Diese Frage dürfte mit der herrschenden Meinung zu verneinen sein Vielmehr wird man annehmen müssen, daß hier der Gläubiger auch beweisen muß, daß er gerade den Wert dieses Zeitpunktes realisiert haben würde. Denn daß er dies getan haben würde, ist so unwahrscheinlich, daß man mangels einer in diesem Punkte entgegenstehenden gesetzlichen Be-

stimmung den Schuldner mit dem Gegenbeweis zu Unrecht belasten würde[1]).

Enneccerus hat nun, wie wir oben gesehen haben, den Versuch gemacht, darzulegen, daß die Tatsache, daß der Gläubiger gerade in diesem Zeitpunkt realisiert haben würde, von keiner Partei zu beweisen sei, sondern dem freien richterlichen Ermessen unterliege.

Allein damit wird die Frage nach der Beweislast noch lange nicht überflüssig. Denn wenn der Richter sich nicht davon überzeugen kann, ob der Gläubiger den Wert dieses Augenblicks realisiert haben würde, so entsteht die Frage: Wem schadet diese Ungewißheit im konkreten Falle? Ist nunmehr der Anspruch des Klägers zurückzuweisen oder nicht? Diese Frage läßt sich aber nur nach einer allgemeinen ein für allemal fest bestimmten Norm über die Beweislast beantworten.

§ 16.

Nach freiem Ermessen hat der Richter allerdings, aber auch lediglich, die Frage zu entscheiden, ob dieser Beweis geführt sei oder nicht. Dies ergibt sich aus § 287 ZPO.

Denn dieser § stellt das Prinzip auf, daß der Richter nach freier Überzeugung und der Würdigung aller Umstände beurteilen soll, inwieweit die von den Parteien sowohl hinsichtlich der Höhe als auch hinsichtlich der Frage, ob ein Schaden entstanden sei, zu führenden Beweise als erbracht anzusehen seien. Ob

---

[1]) Anderer Meinung allerdings die Vorlage des Redakt. zum Entwurf eines BGB., Bd. 2, Abschn. 1 Tit. 3, III. S. 38.

ein Schaden entstanden sei, hängt nun aber davon ab, ob ein Kausalzusammenhang zwischen Vermögensminderung und schädigendem Ereignis besteht. Deshalb wird auch die Frage, ob der Beweis des Schuldners, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre, als geführt anzusehen sei, vom Richter nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände zu beurteilen sein[1]). Dies bedeutet für den Schuldner bei der Schwierigkeit des zu erbringenden Beweises, der ja, wie wir gesehen haben, eventuell dahin geht, daß der Gläubiger den Schaden nicht von sich abgewandt haben würde, eine wesentliche Erleichterung, sodaß schon aus diesem Grunde dieser Beweis keineswegs für ihn unmöglich ist.

Immer ist jedoch daran fest zu halten, daß dies für den Schuldner nur eine Milderung der an den ihm obliegenden Beweis hinsichtlich der Beweisführung zu stellenden Anforderungen bedeutet, nicht aber eine Befreiung von der Beweislast, d. h. dem Schaden der Ungewißheit.

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Kom. zur ZPO., IV. Aufl., Anm. 1 z. § 287 ZPO.; Wilmowski u. Levy, Kom. z. ZPO., 2. Aufl., zum § 260 ZPO., Anm. 1; Struckmann-Koch, Kom. z. ZPO., VII. Aufl., § 287 Anm., 2; Seuffert, Kom. z. ZPO., 8. Aufl., § 287 ZPO., Anm. 2; Foerster-Engelmann, Kom. z. ZPO., 2. Aufl., § 287 ZPO., Anm. 1.

Lebenslauf.

Ich, Bruno Nathansohn, wurde am 8. Mai 1887 zu Beuthen Bez. Liegnitz in Schlesien als Sohn des Kaufmanns Julius Nathansohn und seiner Ehefrau Franziska geb. Bremer geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehöriger.

Meine Schulbildung erhielt ich auf dem städt. Gymnasium zu Liegnitz, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar an den Universitäten Berlin (3 Semester), München (1 Semester) und Breslau (2 Semester). Am 8. Juli 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung.

Am 5. August 1909 wurde ich als Referendar bei dem Königlichen Amtsgericht in Beuthen Bez. Liegnitz vereidigt. Gegenwärtig bin ich bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Glogau beschäftigt.